

Ciudadanía Ganada:

Lecciones de Propiedad para una Reforma Migratoria*

I. Introducción

En el núcleo de los debates contemporáneos sobre migración radica una tensión fundamental entre las visiones contrapuestas de “la nación basada en leyes” y “la nación basada en inmigrantes”. Ello es particularmente evidente en el contexto Estadounidense.¹ El campo de *la nación-basada-en-leyes* mantiene que aquellas personas que hayan incumplido la ley migratoria del país al ingresar sin permiso (o residir más allá de lo permitido por la visa) no podrán subsanar ese “pecado original,” aun si aquellas personas han vivido en el territorio pacífica y productivamente por décadas.² El campo de la *nación-basada-en-inmigrantes* responde al recordarnos que la migración es un componente vital para la auto-definición nacional en sociedades receptoras de inmigrantes como los Estados Unidos, Canadá, Australia, y Nueva

* Ayelet Shachar, *Earned Citizenship: Property Lessons for Immigration Reform*. Originalmente publicado en el *Yale Journal of Law and Humanities*, Winter 2011, volumen 23, número 1. Traducido por Marinka Yossiffon, Ph.D (candidate), Near and Middle Eastern Studies, Universidad de Toronto; y Carlos Herrera Vacafior, LL.M con enfoque en Derecho a la Salud, Ética y Políticas Públicas, Universidad de Toronto. Ambos son graduados de la Escuela de Derecho de la Universidad Torcuato di Tella.

¹ La literatura sobre Estados Unidos como una “nación basada en inmigrantes” es demasiado vasta para citar. Hay contribuciones notables que incluyen aquella de John F. Kennedy publicada póstumamente, *Nation of Immigrants* (1964) Alejandro Portes y Ruben G. Rumbaut, *Immigrant America: A portrait* (tercera edición, 2006); Aristide R. Zolberg, *A Nation by Design: Immigration Policy and the Fashioning of America* (2006); Peter H. Schuck, *Citizens, Strangers, and In-between: Essays on Immigration and Citizenship* (1998); Oscar Handlin, *The Uprooted: The Epic Story of the Great Migrations that Made the American People* (primer edición, 1951) (la cual comienza con el siguiente enunciado: “Alguna vez pensé en escribir una historia de los inmigrantes en Estados Unidos. Luego descubrí que los inmigrantes son Estados Unidos.”) Históricamente, el argumento de una nación-basada-en-leyes ganó prominencia hacia fines del siglo 19, culminándose en influencia en los años 1920s, en donde se vio un giro en la política migratoria de la nación con la promulgación de una restrictiva ley federal migratoria y con la asignación de cupos según el origen nacional. Estos cupos fueron eliminados recién en 1965. Para una perspectiva general de estas reformas legislativas, ver en general, Edward Hutchinson, *Legislative History of American Immigration Law, 1798-1965* (1981); Lawrence M. Friedman, *A History of American Law* (tercera edición, 2005).

² El ideal del concepto “el gobierno de las leyes, no de los hombres” es tan antiguo como la república Estadounidense. De hecho le precede al aparecer en la Constitución de Massachusetts de 1780, artículo XXX: “En el gobierno de esta confederación, el departamento legislativo jamás deberá ejercer los poderes del ejecutivo y judicial, o cualquiera de ellos: el ejecutivo jamás deberá ejercer los poderes legislativos o judiciales, o cualquiera de ellos: el judicial jamás deberá ejercer los poderes legislativos o ejecutivos, o cualquiera de ellos con el propósito de que sea un gobierno de leyes y no de los hombres.” Se atribuye esta frase a John Adams quien ha publicado artículos en referencia sobre dicha frase en 1774 en el *Boston Gazette*, bajo el pseudónimo “Novanglus” y luego, por supuesto, participó en la redacción de la Constitución de Massachusetts de 1779. Ver John Adams, *Novanglus Papers*, No. 7 in 4 *The Works of John Adams*, pp. 106, 230 (Charles Francis Adams ed., 1851)).

Zelanda— la “carne de nuestra carne,” como ha sido señalado alguna vez por el historiador Bernard Weisberger.³

A los propósitos ilustrativos, este Artículo se concentrará en los Estados Unidos, país que anualmente recibe la porción más grande de inmigrantes del mundo.⁴ Sin que ello signifique menos, actualmente Estados Unidos está en el medio de un debate acrimonioso sobre reforma migratoria. Canadá también puede llegar a presenciar la erupción de debates similares en el futuro dado el aumento de admisiones de trabajadores provisionales, las cuales se han disparado en estos últimos años.⁵ Si alguna de estas personas con derecho a ingresar provisionalmente permanecen más allá de los términos provistos en su visa, Canadá puede ser testigo del establecimiento de una población que se asiente en el país por años y aun así permanezca prohibida de gozar las protecciones de la ciudadanía, puesto que las regulaciones que gobiernan el ingreso inicial al país están diseñadas específicamente para obstaculizar la opción de ascenso hacia una ciudadanía y de las protecciones fundamentales (por ejemplo contra la deportación) que conlleva dicho estatus.

En términos de elaboración de políticas, la postura de la nación-basada-en-inmigrantes desafía la perspectiva de la nación-basada-en-leyes en donde ciertos ingresantes a un país no deben ser colocados en el rumbo hacia una ciudadanía. En las batallas actuales sobre migración en los EEUU, también se pone foco en la búsqueda de una vía para la regularización de los residentes no-ciudadanos de largo plazo, un proyecto de suma importancia dado que aproximadamente diez a doce millones de migrantes indocumentados ya están en el país.⁶ Muchos de ellos sin estatus en los EEUU tienen hijos nacidos en los EEUU con ciudadanía, quienes tienen derecho a permanecer en el país.⁷ Ello hace que la posibilidad de separar a familias y deportarlas *en masse* sea tan desalentadora como impráctica.⁸ El senador Charles Schumer, presidente del Subcomité Judicial sobre Inmigración, presentó este punto sucintamente: aunque “la gente está fuertemente

³ Ver Bernard A. Weisberger, *A Nation of Immigrants*, 45 *Am. Heritage* Feb.-Mar. 1994.

⁴ Canadá, Australia, y Nueva Zelanda presentan tasas per cápita más elevadas, pero con cifras menores de admisiones definitivas. La población nacida en el extranjero en Estados Unidos desde 2007 representa aproximadamente el 13.6 por ciento de la población, el 20.1 por ciento en Canadá, el 25 por ciento en Australia y el 21.6 por ciento en Nueva Zelanda. Ver OECD.ORG, OECD in Figures 2009 <http://browse.oecdbookshop.org/oecd/pdfs/browseit/0109061E.PDF> (visitado por última vez Oct. 31, 2010), pp. 6-7.

⁵ Recientemente en estos años, el programa de trabajadores provisionales de Canadá (TFWP) ha crecido exponencialmente; Canadá ahora permite en base anual más trabajadores provisionales que residentes permanentes (“inmigrantes desembarcados”). Ver News Release, Citizenship and Immigration Canada, *Canada Welcomes a Record High Number of Newcomers in 2008* (Feb. 20, 2009) disponible en <http://www.cic.gc.ca/english/department/media/release/2009/2009-02-20.asp>.

⁶ Uso los términos de migrantes “indocumentados,” “no autorizados,” e “irregulares” indistintamente a lo largo de éste artículo para referirme a la situación de las personas quienes ingresaron [al país] en violación de las leyes migratorias o quienes han excedido el plazo de sus visa original.

⁷ Ver Richard Fry y Jeffrey S. Passel, *Pew Hispanics Center Latino Children: A Majority are U.S. Born Offspring of Immigrants* (May 28, 2009), disponible en <http://www.pewhispanic.org/2009/05/28/latino-children-a-majority-are-us-born-offspring-of-immigrants/>. Casi 1 en 10 familias de EEUU tienen estatus migratorio mixto: al menos uno de los padres es un no-ciudadano y un hijo que cuenta con ciudadanía. Aproximadamente cuatro millones de niños con ciudadanía estadounidense tienen por lo menos un padre que es un inmigrante indocumentado.

⁸ Ver Mary Lyndon Shanley, *Enable Citizen Children to Keep Their Families Together*, *Boston Review*, mayo-junio 2009 (quien argumenta a favor de permitir a niños con ciudadanía a ser criados por sus padres inmigrantes en vez de vivir en un hogar en donde la amenaza de deportación está siempre presente).

en contra de la inmigración ilegal, también está tan fuertemente en contra de convertir a su país en una república que acorrara [a los migrantes indocumentados].”⁹ Mientras ambas partes generalmente acuerdan sobre lo segundo, la discordia principal entre ellas radica en los términos de sus respuestas sobre lo primero.

La postura de la *nación-basada-en-leyes* es firme y se respalda en una intuición atractiva: si una admisión ilícita (o permanencia no autorizada) es incorrecta, entonces “¿por qué los violadores a la ley deben recibir una oportunidad para ‘adecuar su estatus legal [migratorio] y así ganar una vía hacia la ciudadanía’?”¹⁰ Otros proponentes de esta postura van más lejos al sostener que tal legalización o “[a]mnistía socava el estado de derecho. En el primer encuentro que esta gente tuvo con el país, ellos quebraron nuestras leyes.”¹¹ A pesar de que esta postura carga con un peso moral, su talón de Aquiles es su reticencia a ver más allá del primer encuentro. Además, muestra una falta de alternativas viables, asumiendo que (como creo que debemos) la opción de una república que acorrara a los migrantes indocumentado] es indeseable como poco realista. Bajo la situación actual, “los trabajadores [migrantes] quienes únicamente buscan ganarse un sustento de vida terminan en las sombras de la vida estadounidense— es decir, temerosos, frecuentemente abusados y explotados. Cuando ellos son victimizados por delincuencia, temen llamar a la policía, o buscar amparo en el sistema legal.”¹² Muchos, incluso los oficiales gubernamentales, han declarado esta situación como “incorrecta” y “contraria al estilo americano.”¹³

La perspectiva de *nación-basada-en-inmigrantes* tiene una respuesta ya preparada y potente contra estos tipos de observaciones. Según sus proponentes, sí EEUU va a permanecer como una nación abierta y acogedora, debe crear una vía para que los migrantes indocumentados puedan emerger de las sombras y ganar estatus legal como parte de un proyecto de reforma migratoria integral y humanizada. Esta postura es apoyada por una amplia gama de organizaciones de la sociedad civil, inmigrantes, trabajadores, y grupos interreligiosos.¹⁴ Lamentablemente, el énfasis en la dignidad humana y la compasión improbablemente

⁹ Ver Senador Charles Schumer, Presidente del Comité del Senado de Inmigración, Refugiados y Seguridad Fronteriza, Intervención por la sexta conferencia anual sobre inmigración y derecho, Migration Policy Institute (Washington, D.C., June 24, 2009).

¹⁰ Ver Federal for American Immigration Reform, Fair’s Response to Sen. Charles Schumer’s Seven Point Plan for So-Called “Comprehensive Immigration Reform” (junio 25, 2009), *disponible en* <https://fairus.org/legislation/reports-and-analysis/fairs-response-sen-charles-schumers-seven-point-plan-so-called>

¹¹ Mark Krikorian, *Amnesty Again: This Country Should Have Learned-Apparently, It Has Not*, National Review (Enero. 26, 2004).

¹² Ver KEVIN JOHNSON, OPENING THE FLOODGATES: WHY AMERICA NEEDS TO RETHINK ITS BORDERS AND IMMIGRATION LAWS 187 (2007) (quien cita a George W. Bush en un comunicado de prensa 7 de Enero, 2004).

¹³ Ver, e.g., *Fact Sheet: Fair and Secure Immigration Reform* (White House, enero 7, 2004) (quien dice que “la inmigración ilegal crea una subclase de trabajadores, con miedo y vulnerables a la explotación. Los trabajadores arriesgan sus vidas en un cruce peligroso e ilegal de la frontera, y están consignados a vivir sus vidas en las sombras.”)

¹⁴ Las Declaraciones en favor de la regularización han sido expresadas por numerosas organizaciones que incluyen: la Cámara del Comercio de los EEUU, la American Federation of Labor, la United Farm Workers, la Asian Pacific American Labor Alliance, el New School Center for Migration, Ethnicity and Citizenship, el National Immigration Forum, la National Association of Manufacturers, y la American Immigration Lawyers Association. Además, la Interfaith Immigration Coalition, una alianza de más que 50 organizaciones religiosas, ha solicitado al Congreso la creación de una vía para la legalización de los migrantes no-autorizados, ver INTERFAITH STATEMENT IN SUPPORT OF COMPREHENSIVE IMMIGRATION REFORMS (actualizado Oct. 24, 2008) (“Nosotros, los líderes de las organizaciones basadas en la fe abajo suscritas, nos unimos para solicitar ... a nuestros representantes electos en el Congreso a promulgar una reforma migratoria integral que establezca un sistema migratorio seguro y

convencería a los restriccionistas que conforman una sección del bloque de *la nación-basada-en-leyes*. Ellos ven que cualquier concesión es recompensar a los transgresores con “el bien más anhelado en el planeta— la residencia permanente en los EEUU.”¹⁵ Por lo tanto, así regresamos al comienzo de esta confrontación ideológica. Las posiciones de la *nación-basada-en-leyes* y de la *nación-basada-en-inmigrantes* parecen irreconciliables, un panorama peligroso dado las importantes ramificaciones sociales y políticas involucradas en este debate en donde hay mucho en juego.

Este artículo propone una salida a este estancamiento, planteando un nuevo marco teórico que enfatiza la importancia del *arraigamiento* como una base para adquirir el título legal. Para aquellos prohibidos de obtener membresía legal bajo los principios tradicionales de adquisición de ciudadanía, el marco conceptual de arraigamiento ofrece una vía hacia la ciudadanía ganada que surgirá de la existencia de vínculos reales, genuinos, y ya establecidos hacia la comunidad política. La idea de destacar la presencia real, continua, y pacífica en un territorio como base para un título legal está acá tomada principalmente de la teoría y doctrina de la propiedad.¹⁶ A pesar de la centralidad del arraigamiento/posesión en estos campos legales fundamentales, este concepto no ha ganado una tracción similar en los debates actuales sobre la inmigración. Ello es un descuido que este artículo busca abordar.

La idea de tomar echar raíces como base para ganar un derecho adquirido ha resultado familiar en la tradición del derecho común por siglos. Ha sido brillantemente capturado en las palabras retumbantes de Oliver Wendell Holmes: “una cosa que se ha disfrutado y usado como propio durante mucho tiempo, sea una propiedad o una opinión, toma arraigo en su ser... comoquiera que lo ha obtenido.”¹⁷ Colocar el arraigamiento en el centro del escenario también encaja con el creciente reconocimiento en el derecho (desde teorías modernas de contratos a teorías de la propiedad, desde derecho de familia a derecho internacional privado) de que cambios en las relaciones y expectativas a lo largo del tiempo, muchas veces, pueden necesitar cambios en su estatus legal. Además, ofrece un método legal concreto para cumplir con el ideal de participación inclusiva dentro de una sociedad democrática.¹⁸ El énfasis en el arraigamiento además posee otra ventaja significativa: contiene la clave para superar el enfrentamiento entre la *nación-basada-en-leyes* versus la *nación-basada-en-inmigrantes*, que ha repetidamente frustrado los intentos de una reforma inmigratoria integral.

Contra intuitivamente, argumento que dar vuelta el argumento de los restriccionistas es la salida al estancamiento inmigratorio, mostrando así que no sólo desde la posición de *nación-basada-en-inmigrantes* pero también desde la *nación-basada-en-leyes* hay una obligación de proveer una vía para la regularización del estatus de quienes ya se han convertido en parte del tejido social y económico del país. Este enfoque del concepto de arraigamiento enfatiza la importancia de los vínculos reales y establecidos dentro de una

humanizado consistente con nuestros valores.”) Ver también Mezaffar Chisti & Claire Bergeron, *Push for Comprehensive Immigration Reform Grows, but Several Obstacles Remain*, Migration Poly Inst. agosto. 15, 2010.

¹⁵ Krikorian, *Amnesty Again*, *supra* nota 11.

¹⁶ Ver *infra* texto acompañando a las notas 51-81.

¹⁷ Ver *The Essential Holmes: Selection from the Letters, Speeches, Judicial Opinions and Other Essential Writings of Oliver Wendell Holmes*, p. 176 (Richard A. Posner, ed., 1992) [en adelante THE ESSENTIAL HOLMES]. Otra rama de la teoría de la propiedad destaca la dimensión de la constitución de la persona en la relación entre los individuos y la propiedad. Ver Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, STAN. L. REV. volume 34, p. 957 (1982).

¹⁸ Ver *infra* texto acompañando a notas 98-121.

comunidad, los cuales son externamente observables y legalmente identificables, como una nueva fuente para adquirir un derecho de ciudadanía para quienes ya la “ejercen.” Este marco conceptual tiene el beneficio de respaldarse no sólo en consideraciones de bondad o compasión humana, como muchos otros argumentos en favor de la legalización lo han hecho. En cambio, agrega un vínculo analítico hasta ahora ausente que revela una base legal ya existente para defender una vía legal hacia la ciudadanía ganada.

Para responder al argumento principal esgrimido por la posición de la *nación-basada-en-leyes* que se opone a la regularización, el cual sostiene que “todos aquellos quienes abogan por [una vía hacia la ciudadanía ganada] están socavando el estado de derecho,”¹⁹ este artículo emplea la técnica del razonamiento por analogía. Sí podemos mostrar que aún en el campo de la propiedad *privada*—el último bastión Blackstoniano de “dominio único y despótico”²⁰—individuos quienes, en un principio, residieron en una propiedad sin permiso pueden después de un tiempo ganar un título legítimo sobre él bajo condiciones legales específicas; entonces, puede aplicarse una lógica parecida, con al menos igual fuerza, cuando el derecho en cuestión es un bien nuevo similar a un título de propiedad librado por el Estado: es decir, un acceso a un *título público* de membresía a una sociedad política, un bien librado por el Estado en vez de un bien bajo control privado.²¹ Esto nos permite ver a la ciudadanía ganada bajo una nueva luz: no como una limosna o un acto de caridad, sino como un título legal que surge a partir de la existencia de vínculos con una comunidad política ya establecidos, reales, y genuinos.

El énfasis en el concepto del arraigamiento promueve un nuevo principio legal, *jus nexi*, que aquí defiende como una vía auxiliar para la inclusión en una sociedad política, en donde pueda operar paralelamente a los principios ya establecidos de la adquisición de ciudadanía: por nacimiento en el territorio (*jus soli*, codificado en el enmienda 14 de la Constitución de los EEUU y en la disposición del derecho de nacimiento en el territorio en el *Acto de Ciudadanía Canadiense*)²² o por el nacimiento de un padre ciudadano (*jus sanguinis*, establecido por disposiciones de la ley sobre membresía en base al linaje).²³ El principio de *jus nexi* ofrece un remedio a algunas de las desigualdades más flagrantes en la situación actual, en donde aquellos quienes son inelegibles para obtener la ciudadanía de una nación bajo los principios tradicionales—a pesar de compartir su sociedad y economía—permanecen excluidos como

¹⁹ Ver 153 CONG REC., Octubre, 23, 2007 (declaración de representante King del Estado de Iowa).

²⁰ William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England* p. 2 (volume 2, 1979).

²¹ Ver J.W. Harris, *Private and Non-Private Property: What is the Difference*, L.Q. REV volumen 111, p. 421 (1995). Por supuesto hay muchas distinciones importantes entre la propiedad privada y un título público a la ciudadanía; el primero característicamente otorga exclusividad a su titular y es enajenable y transferible, mientras que el segundo, por virtud de ser un estatus legal librado por el estado, está fuera del comercio y es inajenable (con la excepción de la posibilidad de expatriación voluntaria). Ver generalmente Susan Rose-Ackerman, *Inalienability and the Theory of Property Rights*, 85 COLUM. L. REV. 931 (1985) (sobre inajenabilidad). Como explicaré abajo, el concepto de ciudadanía es más parecido a una concepción de propiedad amplia y socio-relacional en vez de una concepción estrecha y basada en el mercado. Ver *infra* notas al pie de página 74-81 y el texto que las acompaña.

²² Citizenship Act, R.S.C. 1985, c. C-29, s. 3(a) (Can.).

²³ El esquema legal que gobierna la transferencia de la ciudadanía por parentesco aún tiene rasgos residuales de desigualdad de género: en la transmisión de la ciudadanía de hijo extramatrimonial que ha nacido fuera de los EEUU, la ley distingue entre hombres y mujeres. Ver *Miller v. Albright*, 523 U.S. 420 (1998); *Nguyen v. INS*, 533 U.S. 52 (2001); *United States v. Flores-Villar*, 536 F.3d990 (9th Cir. 2008), *cert. granted*, *Flores-Villar v. United States*, 130 S. Ct. 1878 (U.S. Mar. 22, 2010) (No. 09-5801).

miembros políticos del círculo reconocido de la sociedad y permanecen privados de la seguridad y oportunidades básicas asociadas con la membresía plena y legal.

La urgencia de una reforma es indiscutible. Casi todo el mundo acuerda con que el actual sistema de inmigración en EEUU está roto.²⁴ A ello debemos sumar el reconocimiento de que en un mundo de mayor movilidad transfronteriza, los principios tradicionales de parentesco (*jus sanguinis*) y de territorio (*jus soli*) para asignar membresía ya no sirven como pronosticadores lo suficientemente refinados para determinar quiénes residirán en “este o aquel país.”²⁵ Este enfoque conlleva grandes problemas de sobre o baja inclusión.²⁶ Mi enfoque acá está en la segunda dimensión, arguyendo que en vez de concentrarme meramente en la jerga legal del estatus migratorio de una persona, debe haber un momento en el tiempo en donde los nexos entre derechos y obligaciones, participación real y estatus de membresía en la sociedad, conexión social y voz política, ganen peso e influencia. Este cambio en la perspectiva habilita el desarrollo de un marco legal que explique los vínculos reales, de hecho (o “funcionales”) que generan el principio de ciudadanía *jus nexi*. Denomino *jus nexi* a este nuevo principio porque, tal como los de *jus soli* y *jus sanguinis*, comunica el significado central del método a través del cual se transmite la membresía política: por conexión, arraigamiento, o vínculo.

El cambio hacia el *jus nexi* fácilmente gana tracción a partir del ideal ya familiar de la postura de la *nación-basada-en-inmigrantes* al ofrecer un nuevo comienzo a los recién llegados. Sin embargo, la innovación del argumento del arraigamiento radica en su simultánea dependencia de una lógica de la nación-basada-en leyes por excelencia: en la idea de que debemos tener un sistema legal racional y defendible que determine desde el principio quién es (o debería ser) determinado como titular de derechos, y bajo qué condiciones. Ello es lo que distingue al derecho del poder, al estado de derecho de la anarquía o la tiranía. Tal como Immanuel Kant famosamente observó, sin la provisión de título o la protección del derecho estamos condenados a una vida de anarquía, en donde la liberación y la libertad de ninguna persona jamás podrá ser asegurada.²⁷ De esta manera, el argumento de la *nación-basada-en-leYES* puede ser recuperado de la fortaleza que ha sido su presente doctrinario y restrictivista. Es aquí que tomar el préstamo conceptual de la teoría y jurisprudencia contemporánea del derecho a la propiedad resulta de lo más útil. Ello permite desarrollar una base equitativa o remedial para la obtención de una membresía en la sociedad

²⁴ Ver Demetrios G. Papdemetriou et. al. Migration Policy Institute, *Harnessing the Advantages of Immigration for a 21st-Century Economy: A Standing Commission on Labor Markets, Economic Competitiveness, and Immigration* (2009) (“Ya es un cliché declarar que el ‘sistema está roto’ en el debate sobre la política inmigratoria de EEUU. Dichas declaraciones generales van más allá de la inmigración ilegal y atraviesan todos los componentes principales del sistema inmigratorio.”)

²⁵ Ver Seyla Benhabib, *The Rights of Others: Aliens, Residents and Citizens* p. 141 (2004) [en adelante Benhabib, *The Rights of Others*].

²⁶ He abordado en detalle estas preocupaciones sobre la inclusión excesiva o insuficiente en *Children of a Lesser State: Sustaining Global Inequality through Citizenship Laws*, en *Nomos: Child, Family, and State*, pp. 345-397 (Stephen Macedo & Iris Marion Young eds., 2003); Ayelete Shachar, *The Birthright Lottery: Citizenship and Global Inequality*, pp. 111-133 (2009).

²⁷ Ver Immanuel Kant, *Groundwork of the Metaphysics of Morals* (Mary Gregor, tr. 1998). La invocación aquí de Kant está circunscripto únicamente a la conexión entre el estado de derecho y la propiedad, en vez de suscribir su particular visión del derecho de la propiedad. Este cambio de perspectiva también permite destacar las nociones de interdependencia, aquiescencia, y dependencia, como también la importancia de la acción u omisión del Estado en dar lugar a una obligación legal.

política hacia quienes no pueden beneficiarse de los principios de ciudadanía y migración existentes, y que así permanecen prohibidos de ganar la naturalización bajo la ley actual.²⁸ De esta manera, en vez de simplemente apoyarse sobre el instante inicial de ingreso que falla en considerar la subsecuente inmersión del inmigrante y sus expectativas cambiantes a lo largo del tiempo, el principio *jus nexi* ofrece una mejora ante la situación actual: explica el real significado para un inmigrante de ser miembro de una comunidad y el hecho social de pertenecer a una nación.

Como explico en detalle en las páginas subsecuentes, el marco conceptual de arraigamiento se corresponde con el énfasis emergente sobre nociones de obligaciones fiduciarias y nociones progresivas de la propiedad, las cuales requieren que “miremos los valores humanos subyacentes a los que la propiedad sirve y las relaciones sociales que la propiedad forma y refleja.”²⁹ Ello permite un renacimiento de intentos académicos anteriores para fertilizar nociones de soberanía con las de la propiedad; a pesar de que mi análisis las invierte: utilizo conceptos presentes en la teoría de la propiedad y de áreas relacionadas del derecho privado tanto para informar y promover una conversación sobre las posibilidades para una reforma del derecho *público* de las políticas de ciudadanía e inmigración.³⁰ Utilizando la acuñada terminología influyente de Charles Reich de hace casi medio siglo atrás en su destacado artículo *The New Property*,³¹ este artículo muestra que la ciudadanía en sí misma se ha convertido en una clase especial de “nueva propiedad” que garantiza la seguridad y la oportunidad para aquellas afortunadas personas que puedan tenerla. Aquí también construyo mis argumentos sobre la base de mis escritos anteriores acerca del valor perdurable de la membresía política en el mundo actual, los cuales resaltan las implicaciones distributivas globales de tratar la ciudadanía como una clase específica de derecho hereditario.³² Aquí enfoco mi mirada en el ámbito local, argumentando que este marco conceptual de utilizar ideas por analogía de la teoría de la propiedad también rinde ideas inesperadas para nuestro pensamiento sobre la membresía en este contexto, y otorga un marco conceptual para explorar unas soluciones creativas.

²⁸ Ver *United States v. Wong Kim Ark*, 169 U.S. 649 (1898) (que declara que hay “dos fuentes de la ciudadanía y sólo dos: el nacimiento y la naturalización.”).

²⁹ Ver Gregory S. Alexander et. al., *A Statement of Progressive Property*, CORNELL L. REV., volumen 94, p. 743 (2009) [en adelante Alexander, *Statement*]. Ver también Kristen A. Carpenter et. al., *In Defense of Property*, YALE L.J., volumen 118, p. 1022 (2009) (en defensa de un modelo de la propiedad basado en la gestión).

³⁰ En los comienzos del siglo veinte, hubieron intentos de reflexión crítica para imponer nociones del derecho público y de la responsabilidad sobre actores privados; una contribución clásica de este índole es Morris R. Cohen, *Property and Sovereignty*, CORNELL L.Q., volumen 13, p. 8 (1927). Actualmente encontramos una rica discusión que aspira a importar las consideraciones del bien público y el florecimiento humano hacia un análisis de las relaciones de la propiedad privada. Ver Alexander, *Statement*. En los últimos años también se han presentado intentos de explicar la prerrogativa soberana de la regulación de las fronteras sobre la base de la teoría de la propiedad. Ver Kurt Burch, *Property and the Making of the International System* (1998); Anna Stilz, *Why Do States Have Territorial Rights?* INT'L THEORY, volumen 1, p. 185 (2009) (distinguiendo entre las explicaciones Lockeanas y Kantianas.)

³¹ Ver Charles Reich, *The New Property*, YALE L.J. volume 73, p. 733 (1964). Debo notar que, mientras que Reich urgió una reinterpretación de la Cláusula del Debido Proceso, mi meta es más modesta: propongo una vía adicional (remedial) para la adquisición de la ciudadanía, la cual completamente acepta y suscribe la interpretación estándar de la Cláusula de Ciudadanía de la Enmienda Decimocuarta así confiriendo la membresía a *cualquier* niño nacido en el territorio—con la estrecha excepción de los diplomáticos extranjeros. Ver Gerald L. Neuman, *Stangers to the Constitution: Immigrants, Borders, and Fundamental Law* (1996) Como explico más adelante, los dilemas que afectan a los estudiantes indocumentados y muchos otros miembros de la “Generación 1.5” surgen en parte por el hecho de que ellos no pueden beneficiarse de la Cláusula de Ciudadanía dado que fueron traídos al país *después* de nacimiento.

³² Ver SHACHAR, *supra* nota 26; Ayelet Shachar & Ran Hirschl, *Citizenship as Inherited Property*, POL. THEORY, volumen 35, p. 253 (2007).

Mientras que el argumento que aquí desarrollo tiene implicaciones inmediatas en los debates actuales sobre políticas públicas en los EEUU, este análisis está intencionalmente formulado en términos más amplios. Se basa en un conjunto de ejemplos comparados e internacionales, al mismo tiempo que se aferra a ideas centrales del razonamiento tradicional del derecho común y la teoría política contemporánea. Este método inquisitivo nos permite iluminar nuevamente algunos de los dilemas morales y legales más viejos y contenciosos que enfrenta cualquier nación receptora de inmigrantes: definir quién pertenece, o debería pertenecer, dentro del perímetro de la membresía plena y según qué criterio.³³ Mi discusión procede en tres pasos principales. La parte II retrata la cara humana del dilema actual de la reforma migratoria. Resalta el caso de los jóvenes sin estatus (la Generación 1.5) quienes fueron traídos al país por sus padres o guardianes bajo incumplimiento a la ley migratoria de los EEUU, la situación de aquellos quienes excedieron su residencia más allá de los términos de su visa de admisión inicial, y finalmente, la situación más difícil: aquellos quienes entraron sin permiso, pero que han residido en el país durante décadas. La Parte III desarrolla el principio de *jus nexi* y sus implicaciones centrales recurriendo al rico cuerpo de jurisprudencia sobre la propiedad y la teoría democrática contemporánea, como también en definiciones revitalizadas de membresía en los ámbitos locales e internacionales. La Parte IV apunta a su aplicación y diseño institucional, explorando algunas de las esferas políticas más contenciosas dentro de los debates tensos entre nación-basada-en-leyes versus nación-basada-en-inmigrantes.

II Foto Instantánea: La Carga Humana del Estancamiento Migratorio

Cada año aproximadamente 65.000 estudiantes indocumentados que residen en los EEUU sin estatus legal se gradúan de la escuela secundaria en circunstancias similares: ellas han vivido en el país por al menos cinco años y han recibido una gran parte de su educación primaria y secundaria acá.³⁴ Ellas fueron bebés o niñas cuando fueron traídos a los EEUU por un padre que ha entrado sin permiso o por una familia ha sobrepasado el periodo válido de estada en su visa. En cualquier caso, las niñas, sin elección o culpa propia, fueron categorizadas como migrantes ilegales o indocumentadas. La literatura académica llama a esos individuos miembros de “la Generación 1.5”: “ellas no conforman una primera generación porque

³³ Hago esta observación como declaración fáctica y empírica, basada en la operación de reglas de membresía exigidas por los estado-naciones del mundo real que nos rodea. Sin embargo, para aquellos quienes argumentan en favor de una alternativa normativa global-cosmopolita, cualquier régimen legal que define a la membresía como limitada (i.e., que abarca menos que la población entera mundial) está percibida como fallando el ideal. Hay un vasto cuerpo de escritos políticos y filosóficos sobre estos temas. En dicho sentido, algunos de los escritos más influyentes dentro de este género incluyen, BENHABIB, *THE RIGHTS OF OTHERS*, *supra nota 25*; Linda Bosniak, *The Citizen and the Alien: Dilemmas of Contemporary Membership* (2006) [en adelante BOSNIAK, *THE CITIZEN AND THE ALIEN*]; Philip Cole, *Philosophies of Exclusion: What Globalization Means for Migration and Law* (2008); Peter J. Spiro, *Beyond Citizenship; American Identity After Globalization* (2008); Michael Walzer, , *Spheres of Justice: A Defense of Pluralism and Equality*, pp. 31-63 (1983); T. Alexander Aleinikoff, *The tightening Circle of Membership*, *HAST CONST. L.Q.* volumen 22, p. 915 (1994); Joseph H. Carens, *Aliens and Citizens: The Case for Open Borders*, *REV. POL.* volumen 49, p. 251 (1987); Jennifer Gordon, *Transnational Labor Citizenship*, *S. CAL. L. REV.*, volumen 80, p. 503 (2007).

³⁴ Ver Roberto G. Gonzales, *Wasted Talent and Broken Dreams; The Lost Potential of Undocumented Migrants* (Immigration Policy Center, D.C.) Oct. 2007, p.1; Jeffrey S. Passel, *Further Demographic Information Relating to the DREAM Act* (Urban Institute, D.C.), Oct. 21, 2003, p. 1.

ellas no eligieron migrar, pero tampoco pertenecen a una segunda generación porque ellas nacieron y vivieron una breve parte de sus infancias fuera de los EEUU.”³⁵ Bajo la actual ley inmigratoria, no existe un vía para regularizar su estatus.³⁶ Muchos miembros de la generación 1.5 “han estado en este país durante casi sus vidas enteras y asistieron la mayor parte de su educación acá, desde jardín de infancia hasta terminar la educación secundaria.”³⁷ Sin embargo, dado que radican en el país sin estatus legal, “sus vidas cotidianas están gravemente restringidas y sus futuros son inciertos. Ellas no pueden conducir legalmente, votar, o trabajar. Además, en cualquier momento, estas jóvenes mujeres y hombres pueden ser, y a veces son, deportadas a países que apenas conocen.”³⁸

El estancamiento que rodea a la reforma integral inmigratoria, con foco en el momento *inicial* de ingreso, no se ha apiadado de estos “jóvenes inocentes,” tal como sostuvo un legislador: “quienes llegaron como niños a los EEUU no por elección propia, y [ahora] quieren tener éxito en el escuela y alcanzar una mejor vida para ellos mismos y sus familias.”³⁹ Bajo la ley y la actual política inmigratoria, ellos están categóricamente excluidos de la ciudadanía. Distinto de los adultos quienes entraron sin permiso, el caso de la generación 1.5 es en principio más fácil de resolver dado que sus miembros nunca han violado la ley por decisión propia. Sin embargo, en el actual ambiente nocivo, la línea dura dentro de la postura de la nación-basada-en-leyes se opone a la regularización de su estatus, aun para este grupo particular, al sostener que eso es “tan solo otra recompensa para amnistiar la violación a la ley”.⁴⁰ La peculiaridad acá es que los hijos se encuentran forzados a pagar las consecuencias por las acciones de sus padres.

Considere el caso de Alán:

Allá, por los suburbios de cemento de Los Ángeles donde creció, ellos lo llaman “Harvard”. Alán es el orgullo del barrio en donde niños similares a él han crecido, saltando desde un departamento hacinado hacia a otro, durmiendo en el piso sobre almohadones del sofá, atado bajo la amenaza constante de violencia. Alan no sólo era un joven pícaro con una gorra de beisbol, sino también un alumno talentoso que resolvió problemas matemáticos con facilidad y citó a Milton y a Dante. Él fue un lector voraz, el orador de despedida de su escuela secundaria y, el mes pasado, se recibió de la universidad de Harvard con un título en humanidades. Pero ahora Alan enfrenta un camino sin salida desde que una noche, 19 años atrás, su mamá lo llevó desde la frontera de México hacia California, convirtiéndolo en un inmigrante ilegal.⁴¹

Alan no está solo. Juan Gómez ha vivido en este país desde los 2 años, cuando sus padres lo trajeron de Colombia junto con Alex, su hermano de tres años. Ellos ingresaron en 1990 con una visa válida por 6

³⁵ Ver Gonzales, *supra* nota 34, en p. 2.

³⁶ Desde 2001, propuestas legales han recibido apoyo bipartidista para responder a esta situación, pero a pesar de ello ellas fallaron repetidamente en el Congreso. Ver *infra* notas 138-146 (sobre la Ley DREAM).

³⁷ Ver Gonzales, *supra* nota 34, en p. 2.

³⁸ *Id.*

³⁹ Ver Stephen Wall, *Baca Bill Offers Path to Citizenship*, San Bernardino Sun, 4 de Julio, 2009, en p. 1 (citando al Representante Joe Baca (Demócrata, San Bernardino)).

⁴⁰ Ver Tim Padgett, *Can Two Kids Alter Immigration Law?* Time Magazine, 2 de Agosto, 2007.

⁴¹ Maria Sacchetti, *Illegal Status Gives Harvard Grad Few Options*, The Boston Globe, 27 de Julio 2009, en p. 1.

meses, pero cuando ella venció, su familia no volvió a su país de origen que era desgarrado por la guerra.⁴² Una vez en los EEUU, su familia aplicó a asilo político. Su caso languideció durante años. Después de varias apelaciones, una decisión final llegó en 2003: su pedido de asilo fue denegado. Para entonces, los hermanos tenían 14 y 15 años.⁴³ Juan se destacó en la escuela. Cuando sus padres lo registraron en la secundaria, nadie allí hizo preguntas acerca de su estatus legal gracias a la decisión histórica de la Corte Suprema de los EEUU en *Plyler v. Doe*, que sostiene que las escuelas públicas, primaria como secundaria, no pueden denegar la educación a una alumna debido a su estatus legal inmigratorio (o su ausencia).⁴⁴ Como alumno premiado, Juan ha ganado casi dos años de créditos universitarios a través de cursos avanzados pre-universitarios, y logró sacar las mejores notas en el examen SAT. Él estaba viviendo el “sueño americano.” Entonces, el estatus migratorio de la familia le pasó factura. El 25 de Julio de 2007, al final del último año de la escuela secundaria de Juan, ambos hermanos junto a sus padres fueron sacados de su casa familiar maniatados y transportados a un centro de deportación.⁴⁵

En un giro inesperado de los acontecimientos, los amigos de la secundaria de Juan y sus seguidores lograron convertir su caso en una *causa celebre* en Washington, D.C.: ellos se organizaron a través de las redes sociales y llegaron al Capitolio “para mostrar [al Congreso] las fallas del sistema.”⁴⁶ La historia tocó una fibra; como dijo el legislador Lincoln Diaz-Balart (Republicano- Florida) “estos hermanos son chicos excepcionales, fue increíble ver a todos sus amigos y vecinos cabildeando acá con intensidad, preocupación, y amor.”⁴⁷ Más allá del cabildeo, había algo aún más profundo. Se desconcertó a la gente al dar a conocer que un niño como Juan—quien ha llegado a este país con dos años de edad, y que no ha vivido en ningún otro país, que ha logrado sumergirse enteramente en la sociedad estadounidense, y por medio de su talento y esfuerzo excepcional se ha convertido en un alumno modelo—no tenía una vía legal abierta para regularizar su estatus inmigratorio y convertirse en un ciudadano estadounidense. No sólo esto, sino que, sin una vía hacia la legalización, la amenaza constante de ser deportado a Colombia, un país peligroso que él apenas ha conocido y, por cierto, al cual no quería volver, se mantuvo pendiente. Gracias a los esfuerzos de sus compañeros, la problemática de Juan recibió inmensa cobertura mediática. Luego, él y su hermano Alex fueron beneficiados por un privilegio raro: los legisladores pusieron un alto temporario a su deportación. (Sus padres, por procedimiento sumario, fueron expulsados a Colombia.) Este estatus temporario permitió a Juan inscribirse en la Universidad de Georgetown.⁴⁸ Su ascenso a la cúpula de la educación universitaria resulta tan destacable como frágil. El futuro de Juan luce desolador una vez que se gradúe de la universidad sin un estatus de residencia permanente o un derecho a permanecer en los EEUU.

⁴² *Id.*

⁴³ Ver Phuong Ly, *The Outsider*, WASH POST, Feb 22, 2009, en W10.

⁴⁴ Ver *Plyler v. Doe*, 457 U.S. 202 (1982) (donde se decide que los niños indocumentados no pueden ser excluidos de acceso a la educación pública otorgado por el Estado). Para leer un comentario, ver BOSNIAK, THE CITIZEN AND THE ALIEN, *supra* nota 33, en p. 64. Ver también Owen Fiss, A community of Equals: The Constitutional Protection of New Americans (1999); William Perez, We Are Americans: Undocumented Student Pursuing the American Dream (2009).

⁴⁵ Fueron colocados en el Centro Transicional de Broward en Pompano Beach, Florida.

⁴⁶ Padgett, *Can Two Kids Alter Immigration Law?*, *supra* nota 40 (citando a Scott Elfenbien, uno de los compañeros de Juan quien organizó el lobby por parte de los adolescentes para prevenir su deportación.)

⁴⁷ Ly, *The Outsider*, *supra* nota 43.

⁴⁸ *Id.*

Dado que tanto Juan como Alán no nacieron en los EEUU, ellos no pueden beneficiarse del generoso principio de *jus soli* prescrito en la disposición de la Enmienda 14 de la Constitución de los EEUU, la cual establece que cualquier persona nacida en territorio de los EEUU—sin consideración del estatus inmigratorio de sus padres—recibe el bien de por vida a la ciudadanía estadounidense.⁴⁹ Ello deja a Alan, a Juan, y a decenas de miles de otros jóvenes atrapados en un limbo legal a pesar de que fueron traídos a este país no por elección propia. Ellos han crecido como “estadounidenses” en todos los sentidos posibles, hablan inglés y han echado raíces en las comunidades a las que pertenecen, pero actualmente para ellos no hay una vía abierta que les ofrezca un reconocimiento *legal* a su proceso de inmersión social que ya ha ocurrido. De acuerdo a las observaciones de los autores de un estudio pionero en derecho comparado de la ciudadanía y políticas públicas, las reglas migratorias de EEUU hacen que alcanzar la ciudadanía sea “imposible para esta clase de niños.”⁵⁰ A pesar de que la experiencia de crecer en este país se ha “arraigado dentro de ellas” y ha contribuido a formar su percepción del mundo y su identidad, su falta de estatus legal significa que ellos no tienen derecho a permanecer en el único país al que llaman hogar. En cualquier momento ellos enfrentan el riesgo real de ser detenidos y eventualmente deportados. Son peones en las rencorosas batallas sobre reforma inmigratoria.

III. *Jus Nexi*: El Arraigamiento Como Base para La Membresía

En oposición a esta realidad, este artículo recomienda una importante reforma a la ley de inmigración vigente, alentando a un cambio hacia el *jus nexi*, o del arraigamiento, un principio para la adquisición de membresía.⁵¹ En vez de considerar exclusivamente a la ciudadanía en torno al ingreso inicial, casi como un momento congelado en el tiempo, se debe dar cierta proximidad o vínculo entre el arraigamiento y la búsqueda del estatus de membresía plena en la sociedad política y una porción real sobre sus derechos y obligaciones. Ello nos exige expandir el análisis más allá del enfoque actual sobre las circunstancias de admisión a través de consideraciones sobre el establecimiento de vínculos genuinos y participación real en la comunidad política.

Posicionar el arraigamiento en el centro del escenario desafía la postura absolutista que solicita retrotraernos al acto inicial de ingreso no autorizado o a la estadía más allá del vencimiento en la visa. La llamada del *jus nexi* a explorar la conducta y agencia actual, o “funcional,” de la persona en busca de un estatus legal dentro de una comunidad política es consistente con alejarse de las concepciones puramente formalistas de titulares de derechos que nos resultan familiares de otros campos legales (desde el derecho de los contratos al derecho a la propiedad, al derecho de familia), en donde interpretaciones socio-

⁴⁹ Ver La Constitución EEUU, enmienda XIV, § 1: “Toda persona nacida o naturalizada en los Estados Unidos, y sujeta a su jurisdicción, es ciudadana de los Estados Unidos y del Estado en que reside.” Ver también *United States v. Wong Kim Ark*, 169 U.S. 649 (1898) (que sostiene que los niños nacidos en los EEUU por padres entonces residentes extranjeros de China eran, por virtud de la Enmienda Decimocuarta, ciudadanos de los EEUU).

⁵⁰ Ver T. Alexander Aleinikoff & Douglas Klusmeyer, *Citizenship Policies for an Age of Migration*, p. 14 (2002).

⁵¹ Esta sección recurre a SHACHAR, *supra* nota 26, en pp. 27-33.

relacionales ahora otorgan protección a las partes en contextos no tradicionales.⁵² Del mismo modo, doctrinas de equidad como las de *laches*, *constructive trusts*, *renuncia a la prescripción*, y *actos propios**—por mencionar unos pocos ejemplos—permiten “sanear” la imperfección o, de otro modo, la de adquisición de título de forma insuficiente. El núcleo de estos modos refiere a que los derechos pueden desprenderse de la manera en que una relación funciona, en vez de quedarse por siempre restringido bajo su forma legal.⁵³ El principio propuesto de *jus nexi* sigue en esa tradición y formula una respuesta viable al actual estancamiento inmigratorio. La defensa de este camino hacia la regularización toma sus señales prácticas, en gran parte por analogía, de los ejemplos por excelencia del derecho privado, en su contexto semi-sagrado de la propiedad, como los de “título adquirido” y “la doctrina de los actos propios equitativa.” Si existe una vía para superar la ausencia de documentos en *ese* contexto, entonces sin duda hay forma de hacerlo cuando el derecho en cuestión es la ciudadanía, como un nuevo estatus legal similar al de la propiedad que es librado y regulado por el Estado, y no es poseído previamente por ningún individuo particular.

A. *La Ciudadanía como Nueva Propiedad*

La propiedad está siempre sujeta a disputas legales y filosóficas. Tal como observó William Blackstone hace más de doscientos años, “nada impacta tanto a la imaginación como [también] involucra el deseo de la humanidad como el derecho de propiedad.”⁵⁴ Por ello, invocar una analogía conceptual a los regímenes socio-relacionales de la propiedad requiere un cuidado y clarificación del uso destinado a estos cargados conceptos. Como seguramente todo estudiante de derecho sabrá, la propiedad es notoria al evitar su definición simple o unidimensional. Se ha reconocido que “a pesar de que la propiedad involucra cosas tangibles y ciertas “cosas” intangibles, la propiedad no es la cosa en sí.”⁵⁵ Más bien, es una institución multifacética, hecha por el ser humano, que crea y sostiene ciertas *relaciones* entre individuos en relación

**Laches*: la doctrina de *laches* se basa sobre la máxima de que el principio de equidad remedia a quien es receloso y no a quien deja sin accionar un reclamo legal. Dados los plazos de prescripción para impulsar una acción legal, aquel actor que deja pasar el plazo libera al “demandado” de su obligación legal judicialmente exigible. *Constructive trust*: es una ficción legal por la cual un enriquecimiento injusto está saneado por el establecimiento de un fideicomiso, a través del cual el demandado (fideicomisario) sigue siendo responsable por el bien, en favor del demandante. *Statute of limitation waivers*: traducido acá como “renuncia a la prescripción”. En adelante, *statute of limitation* será traducido como “la prescripción adquisitiva,” “normas de prescripción,” o “el plazo de la prescripción” según el contexto. *Estoppel*: “la doctrina de los actos propios.”

⁵² En el contexto del derecho de familia, ver, por ejemplo, Martha Minow & Mary Lyndon Shanley, “Revisioning the Family: Relational Rights and Responsibilities”, en *Reconstructing Political Theory: Feminist Perspectives*, pp. 84-108 (Mary Lyndon Shanley & Uma Narayan eds., 1997) (quienes proponen basar al derecho y a las políticas de familia en un nexo de derechos y responsabilidades relacionales, como oposición a concepciones contractuales y comunitarias de la familia). Ver también a Jennifer Nedelsky, “Citizenship and Relational Feminism”, en *Canadian Philosophy*, pp. 131-146 (Ronald Beiner & Wayne Norman eds., 2001).

⁵³ Ver, e.g., Jenni Millibank, *The Role of ‘Functional Family’ in Same-Sex Family Recognition Trends*, CHILD & FAM L.Q. volumen 20, p. 1 (2008) (destaca que la prevalencia del reconocimiento legal ofrecido a las estructuras familiares non-tradicionales a través de la adopción de un modelo de familia funcional en los EEUU, Canadá, Australia, y Gran Bretaña).

⁵⁴ BLACKSTONE, *supra* nota 20, en p. 2.

⁵⁵ John P. Dwyer & Peter S. Menell, *Property Law and Policy. A Comparative Institutional Framework*, p. 1 (1998)

a cosas.⁵⁶ Estas relaciones tienen una validez especial en el derecho, un propietario de una cosa tiene derechos exigibles frente a todo el mundo (derechos *in rem*). Ellos se distinguen de los derechos *in personam*, que son exigibles sólo frente a una clase específica de individuos, como las contrapartes de un contrato. La cualidad *in rem* otorga una fuerte protección a aquellos derechos definidos como “la propiedad.”

A su vez, la protección de un título de propiedad depende del reconocimiento y su cumplimiento colectivo. La dimensión colectiva es importante: los derechos de propiedad ganan significado sólo cuando ellos están conectados a un sistema de derecho y gobernanza capaz de ejecutarlos.⁵⁷ De este modo, “se debe considerar a la propiedad como una red de relaciones, ejecutadas por el Estado, de derechos y obligaciones entre personas, que algunos asumen voluntariamente y otros no.”⁵⁸ Dada su vigencia en el ámbito moral y legal contemporáneo, el contenido específico y las protecciones otorgadas a un derecho de propiedad están sujetos al debate. Por ello, las relaciones de propiedad nunca son inmunes a la indagación reconstructiva, tanto en el derecho como en la filosofía. Siguiendo el trabajo seminal de Wesley Hohfeld, se entiende que las relaciones de propiedad establecen un rango de reclamos exigibles y ejecutables, frecuentemente descritos como “conjunto de derechos.”⁵⁹ Algunos de los derechos más destacables dentro del conjunto son los derechos de uso, de transferencia, de restricción al acceso, etc.⁶⁰ Como observan Guido Calabresi y Douglas Melamed en su clásico artículo, *View from the Cathedral*, cada sociedad o sistema legal debe definir quién tiene una pretensión exigible sobre un derecho particular, y además debe definir cuáles protecciones, oportunidades, y procesos de toma de decisiones estarán disponibles al titular del derecho.⁶¹

⁵⁶ Para una exposición clásica sobre esta perspectiva, ver Wesley Newcomb Hohfeld, *Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, YALE L.J. volume 23, p.16 (1913). Joseph William Singer ofrece un análisis detallado en *Entitlement: The Paradoxes of Property* (2000) [en adelante SINGER, ENTITLEMENT].

⁵⁷ Ver, Crawford B. Macpherson, “The Meaning of Property”, en *Property, Mainstream and Critical Positions* (Crawford B. Macpherson ed., 1978). El componente de la ley puede ser formal o informal, pero debe garantizar su exigibilidad.

⁵⁸ Ver Thomas C. Grey, “The Disintegration of Property”, in *Property*, pp. 69, 79 (J. Roland Pennock & John W. Chapman eds., 1980). Ver también Douglas C. North, *Institutions, Institutional Change, and Economic Performance* (1990). En teoría, otros niveles de gobernanza (aquellos “por encima” o “por debajo” del nivel del Estado) también pueden cumplir su función de ejecutabilidad. Además, académicos que investigan sobre la propiedad, han rastreado cómo las personas confeccionan distintos regímenes de la propiedad, aun sin un sistema regulatorio formal. Ver e.g., Robert Ellickson, *Property in Land*, YALE L.J. volumen 102, p. 1315 (1993); Henry E. Smith, *Exclusion Versus Governance: two Strategies for Delineating Property Rights*, J. LEGAL STUD. volumen 31, p.453 (2002).

⁵⁹ Ver Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning*, 26 YALE L.J., volumen 26, p. 710 (1917). Para una exploración más elaborada de qué está incluido en el “conjunto,” ver a A.M. Honor, “Ownership”, en *Oxford Essays in Jurisprudence, A Collaborative Work*, p. 107 (Anthony Gordon Guest ed., 1961).

⁶⁰ Para una discusión concisa sobre la forma y sustancia de la propiedad, ver Hanoch Dagan, *The Craft of Property*, CALIF. L. REV volumen 91, p. 1517 (2003). Para un análisis integral ver Jeremy Waldron, *The Right to Private Property* (1988). La concepción Blackstoniana de la propiedad enfatiza el derecho a excluir, mientras que la visión del conjunto de derechos rechaza tal priorización.

⁶¹ Calabresi y Melamed distinguen entre las reglas de la propiedad, de responsabilidad, y de inalienabilidad dado que ofrecen grados distintos de enajenabilidad y transferencia de dichos derechos. Guido Calabresi y Douglas Melamed, *Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral*, HARV. L. REV. volumen 85, p. 1089 (1972).

Las teorías modernas de la propiedad se aplican a objetos concretos y tangibles (mi auto, tu casa), pero también cada vez más se refieren a una variedad de derechos más abstractos o “intangibles” (acciones de una empresa, la propiedad intelectual en forma de patentes y derechos al autor, licencias profesionales, información genética, y hasta prácticas folklóricas).⁶² Cambios en las relaciones humanas y los valores sociales constantemente modifican nuestro entendimiento sobre qué cuenta como propiedad protegida.⁶³ Las inquietudes importantes sobre la asignación surgen cuando empezamos a categorizar ciertas relaciones como una propiedad legal: *quién* es dueño de qué, y en base a *qué*. La titularidad y la posesión de la propiedad afectan al sustento, las oportunidades, y las libertades de las personas.⁶⁴ Por lo tanto, es probable que surjan intereses opuestos acerca del acceso, uso, y control sobre los bienes, particularmente con respecto a aquellos bienes que son escasos en relación al número de peticionantes o demandas que el deseo humano coloca sobre ellos.⁶⁵ Jeremy Waldron útilmente caracteriza las relaciones de propiedad en términos de ofrecer un “sistema de reglas que gobiernan al acceso y control sobre recursos [escasos].”⁶⁶

Quizás el paralelo más claro, al aplicar estos significados a la ciudadanía, es que las leyes inmigratorias precisamente crean tal sistema de reglas en donde se regula el acceso al, y control sobre recursos escasos—en este caso, derechos de membresía (y sus beneficios que la acompañan). Esta función de “control al ingreso” a la ciudadanía es ampliamente reconocida en la literatura sobre la membresía a una comunidad política: “Todo Estado moderno define formalmente a sus ciudadanos, identificando públicamente a un conjunto de personas como miembros y residualmente designando al resto como no-ciudadanos... Todo Estado atribuye ciertos derechos y obligaciones al estatus de ciudadanía.”⁶⁷ Incluso en el mundo actual de globalización en aumento, determinar a quién se otorga la membresía plena dentro de una sociedad política sigue siendo una prerrogativa importante del Estado. Sin embargo, “el control al ingreso” nunca es absoluto o desenfrenado, sea en la doctrina de la ciudadanía o sea en el de la propiedad.⁶⁸ Cuando exploramos el terreno de la ciudadanía, pronto reconocemos que lo que cada ciudadano tiene no es

⁶² Por algunos de los ejemplos y debates recientes acerca de los análisis de la propiedad “intangible,” ver, por ejemplo, *United States v. Arora*, 860 F. Supp. 1091 (D. Md. 1994), *aff'd*, 56 F.3d 62 (4th Cir. May 25, 1995) en 1087-98; Cathrine M. Valerio Barrad, *Genetic Information and Property Theory*, NW. U. L. REV. volumen 87, p. 1037 (1993); Christine Haight Fairley, *Protecting Folklore of Indigenous Peoples: Is Intellectual Property the Answer?* CONN. L.J., volumen 30 (1997); Jennifer Hill, *Visions and Revisions of the Shareholder*, AM. J. COMP L volumen 38, p. 39 (2000); Paul Kuruk, *Protecting Folklore under Modern Intellectual Property Regimes: A Reappraisal of the Tensions between Individual and Communal Rights in Africa and the United States*, AM. U. L. REV, volume 48, p. 769 (1999); Naomi Mezey, *The paradoxes of Cultural Property*, COLUM. L. REV., volumen 107, p. 2004 (2007).

⁶³ Ver, e.g., Kristen A. Carpenter, Sonia Katyal & Angela Riley, *supra* nota 29; Mezey, *supra* nota 62.

⁶⁴ Sobre la conexión entre la propiedad y la libertad de autonomía, ver las clásicas elaboraciones de Kant y Hegel; para teorías contemporáneas, ver Antoni Domenech & Daniel Raventos, “Property and Republican Freedom: An Institutional Approach to Basic Income”, *Basic Income Studies* (2007); Margaret Jane Radin, *Property and Personhood*, STAN L. REV volume 34, p. 957 (1982); Reich, *The New Property*, *supra* nota 31; Jeremy Waldron, *Property, Justification, and Need*, CAN J.L. & JURISPRUDENCE, volume 6, p. 185 (1993); Ernest J. Weinrib, *Poverty and Property in Kant’s System of Rights*, NOTRE DAME L. REV., volume 78, p. 795 (2003).

⁶⁵ Ver Jeremy Waldron, “Property Law”, en *A Companion to Philosophy and Law and Legal Theory*, pp, 3, 5 (Dennis Patterson ed., 1996).

⁶⁶ Jeremy Waldron, *What is Private Property?* OXFORD J. LEG. STUD. Volumen 5, pp. 313, 318.

⁶⁷ Ver *Immigration and The Politics of Citizenship in Europe and North America*, p. 21 (W. Rogers Brubaker ed., 1989).

⁶⁸ Puede ser restringido por otras libertades y por el interés imperioso del estado. También hay límites internos a los derechos de la propiedad. Ver Gregory S. Alexander, *The Social-Obligation Norm in American Property Law*, CORNELL L. REV., volume 94, p. 735 (2008-2009) [en adelante Alexander, *The Social-Obligation Norm*]. Ver también SHACHAR, *supra* nota 26, en pp. 33-35 (sobre la discusión sobre “control de ingreso” a la ciudadanía).

un título individual sobre una cosa tangible, sino una *relación* con los demás miembros y con un gobierno particular (generalmente nacional) que crea derechos y deberes exigibles.

Desde la perspectiva de cada miembro de una sociedad política, la re-conceptualización de su derecho a la ciudadanía como una clase especial de propiedad encaja bien con la definición de una *nueva propiedad*. Esta frase influyente fue acuñada por Charles Reich, en referencia a los derechos dentro del derecho público en el sentido de que sirven como los propósitos del derecho privado tradicional al asegurar un piso de seguridad y dignidad para los ciudadanos en economías basadas en el mercado.⁶⁹ A diferencia de las formas tradicionales de la riqueza, como lo fue la posesión de propiedad privada, el valor asociado al título público de ciudadanía se deriva específicamente de tener un estatus legal que es librado exclusivamente por el Estado. Así, dicho derecho al estatus de membresía confiere una serie de privilegios y protecciones (como también ciertas obligaciones cívicas) para sus titulares.

A pesar de que el valor de la ciudadanía se genera de modo comunal, el derecho conferido a cada miembro es poseído individualmente.⁷⁰ Esta combinación intrincada de aspectos colectivos e individuales convierte a la ciudadanía en una clase de derecho, particularmente compleja y similar a un derecho de propiedad, con “beneficios que no tienen precio,” como memorablemente declaró la Corte Suprema de los EEUU, al agregar que “sería difícil de exagerar su valor e importancia.”⁷¹ Dentro de esta estructura legal, el Estado opera como un fiduciario y generador de los títulos de membresía, que repercuten críticamente al facilitar oportunidades en la vida de sus miembros individuales que estos títulos confieren.⁷² Cuando así se concibe a la ciudadanía, se torna muy relevante la distinción entre una concepción estrecha de la propiedad (de rivalidad) y una más amplia que reconozca relaciones sociales y de administración.⁷³

B. Concepciones de la propiedad socio-relacionales y de rivalidad.

En la literatura de derecho y economía, la concepción de rivalidad de propiedad se ha convertido en sinónimo de los valores de negociabilidad y enajenabilidad, o de otro modo identificado como de

⁶⁹ Ver Charles Reich, *The New Property*, *supra* nota 31 (en referencia a liberalidades de un Estado, como los derechos de bienestar, de trabajo, y de subsidios como propiedad nueva. Reich también usa el ejemplo de las licencias de trabajo como una forma de nueva propiedad, que crea un potencial de aumento de ganancias para su tenedor.)

⁷⁰ Agradezco a Barbara Fried para esa formulación.

⁷¹ Ver *Schneiderman v. United States*, 320 U.S. 118 (1943).

⁷² Sobre la distinción entre los regímenes de la propiedad “privada” y “común” (usualmente se menciona al segundo bajo nombres distintos, con interpretaciones algo distintas, tales como “grupo,” “colectivo,” “comunal,” “propiedad mixta,” o “de acceso limitado”), ver, por ejemplo, Daniel W. Bromley, *Environment and Economy: Property Rights and Public Policy* (1991); S.V. Ciriacy-Wantrop & Richard C. Bishop, ‘*Common Property as a Concept in Natural Resources Policy*, NAT. RESOURCES J. volumen 15, p.713 (1975); J.W. Harris, *supra* nota 21; Michael A. Heller, *The Boundaries of Private Property*, YALE L.J. volume 108, p. 1163 (1999).

⁷³ La distinción entre las concepciones estrechas y anchas se basa en los extensivos escritos de C.B. Macpherson sobre la propiedad, en particular, su ensayo sobre “Human Rights as Property Rights, “[Derechos Humanos como Derechos de Propiedad] 24 DISSENT 72 (1977). Este análisis también está influenciado por las obras de autores como Gregory Alexander, *Commodity and Propriety: Competing Visions of Property in American Legal Thought, 1776-1970* (1997), y SINGER, ENTITLEMENT, *supra* nota 56.

dominio “exclusiva y despótico.”⁷⁴ Según esta noción de la propiedad, cada dueño o dueña tiene dominio casi-absoluto sobre sus bienes y es libre para la disposición de ellos de la manera que a ella o a él le parezca.⁷⁵ Esta visión de la propiedad se apoya en una concepción particular de la vida social, según la cual todas las interacciones interpersonales están caracterizadas como “transacciones” y, por ello, en principio todo puede estar sujeto a transacción en el mercado.⁷⁶ Por consiguiente, esta visión depende de lo que ha sido denominado como una visión del mundo de individualismo posesivo, en donde rigen la regla de mercantilización sin restricciones y el atomismo social, y en donde el autointerés es la motivación central de la acción.⁷⁷

A diferencia de ello, hay una visión rival y más antigua de la propiedad que está recobrando una atención renovada, a la que quiero traer a primer plano en el contexto de la ciudadanía, llamándola la concepción amplia (o socio-relacional). Acá, la propiedad es vista como parte de una red de relaciones políticas y sociales, en donde la gente depende de los demás “no sólo para prosperar, pero al menos sólo para sobrevivir.”⁷⁸ Esta visión se remonta a Aristóteles y considera a la propiedad, no como fin en sí mismo, sino como medio para avanzar hacia el florecimiento humano y para construir relaciones de confianza.⁷⁹ Como un bien generado colectivamente que crea un conjunto complejo de derechos y obligaciones entre varios actores sociales, la ciudadanía ofrece un ejemplo de manual de las interpretaciones reemergentes de la propiedad, como constituyente de una red de relaciones imbuidas de obligaciones para promover el bienestar público en vez de meramente satisfacer las preferencias individuales y afianzar las relaciones de poder ya existentes.⁸⁰ Esta perspectiva amplia nos permite ver a los regímenes de ciudadanía no sólo como generando reglas complejas que definen la asignación de membresía, sino también portando efectos significativos sobre la distribución de voz y oportunidad entre aquellos que residen en el mismo territorio; quienes, no obstante, no comparten igual acceso al estatus de membresía asignado por el Estado. Dichas

⁷⁴ BLACKSTONE, *supra* nota 20, en 2. Para una exposición conocida de la visión estrecha, ver Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law* (séptima edición, 2007). Para un crítica aguda del entendimiento “comodificante” de la propiedad, ver Margaret Jane Radin, *Contested* (1996).

⁷⁵ Ver BLACKSTONE, *supra* nota 20.

⁷⁶ Para una consideración crítica de esta visión de la vida social, ver Frank I. Michelman, *Property as a Constitutional Right*, WASH & LEE L. REV., volumen 38, p. 1097 (1981); Margaret Jane Radin, *Market-Inalienability*, HARV. L. REV., volumen 100, p. 1849 (1987).

⁷⁷ El término “individualismo posesivo” fue acuñado por C.B. Macpherson en *The Political Theory of Possesive Individualism: Hobbes to Locke* (1962). Este mismo comportamiento es descrito usualmente por los economistas modernos neoclásicos (como también por investigadores en derecho y economía) como un vehículo para la satisfacción de preferencias, que se basa en la presunción de que existe una “propensión humana a ser un maximizador de utilidad racional y auto-interesado.” Ver Carol M. Rose, *Property as Storytelling: Perspectives from Game Theory, Narrative Theory, Feminist Theory*, YALE J. L. & HUMAN., volumen 2, pp. 37, 29 (1990).

⁷⁸ Ver Alexander, *COMMODITY AND PROPRIETY*, *supra* nota 73, en p. 2.

⁷⁹ Ver Alexander, *The Social-Obligation Norm*, *supra* nota 68; Hanoch Dagan, *Exclusion and Inclusion in Property*, Tel Aviv University Law Faculty Papers, Working Paper, p. 109 (2009), disponible en <http://law.bepress.com/taulwps/art109/>.

⁸⁰ Para un resumen conciso, ver Stephen R. Munzer, “Property as Social Relations”, en *New Essays in the Legal and Political Theory of Property* volumen 36 (Stephen R. Munzer ed., 2001); SINGER, *ENTITLEMENT*, *supra* nota 56. Este énfasis en ‘la propiedad como relaciones’ también es consistente con varias corrientes de la teoría feminista, las cuales con frecuencia ponen en primer plano a las relaciones y a las relaciones de afinidad. Para una discusión iluminadora, ver Donna Dickenson, *Property in the Body: Feminist Perspectives* (2007). Sobre el desarrollo del concepto de administración en relación con la propiedad cultural indígena, ver Carpenter, Katyal, & Riley, *IN DEFENSE OF PROPERTY*, *supra* nota 29.

desigualdades son particularmente preocupantes puesto que el acceso a este bien social está determinado, casi exclusivamente, por circunstancias más allá de nuestro control: de quién y dónde nacemos, o bajo qué circunstancias, hace muchos años, nuestros padres cruzaron la frontera. Reconocer que la propiedad (y la ciudadanía) como construcción humana son insensibles al cambio es abrir el sistema existente de distribución a la evaluación crítica y a la innovación.

La respuesta a los problemas actuales de inmigración no radica, como algunos han sugerido, en “la devaluación” de la ciudadanía, ni en la dilución de su contenido, ni en la declaración de su “muerte” o “evanescencia” inminente.⁸¹ Más bien, lo requerido—y con urgencia—es la diversificación de los métodos de asignación de títulos de membresía, específicamente, la adopción de un marco conceptual para la inclusión que refleje a una concepción socio-relacional de la ciudadanía y, por lo tanto, complemente los mecanismos tradicionales de *jus soli* y *jus sanguinis* para definir los marcos legales de la membresía. Este cimiento se define por el arraigamiento o el principio de *jus nexi* de asignación de membresía.

C. El Arraigamiento Defendido

El principio *jus nexi* está informado por re-conceptualizaciones progresistas del derecho de la propiedad y otras áreas relacionadas del derecho, desde contratos a derecho de familia, al conflicto de derechos.⁸² Estas influyentes reformulaciones han rechazado el énfasis tradicional sobre el formalismo estático y generalizado y, en cambio, resaltan el valor de una *red actual, real, cotidiana, y significativa de relaciones de interacción humana*.⁸³ En lugar de enfocarse en la creación formal o la jerga legal (de contratos, matrimonio, etc.), para determinar sobre si una promesa implícita, transferencia de propiedad, o relación permanente ha sido establecida por un acto, este tipo de análisis observa a los actos y las conductas a la luz de las circunstancias en las cuales las partes operan.⁸⁴ Este método es ampliamente empleado en una variedad de campos legales contemporáneos. Por ejemplo, consideremos el estatus otorgado a las relaciones de unión convivencial. En vez de aplicar una interpretación legal formalista, según la cual dichas relaciones fueron categóricamente *no-reconocidas* y *desprotegidas*, actualmente muchas jurisdicciones las tratan como generadoras de un rango de derechos y obligaciones operativos entre la pareja, así como hacia

⁸¹ David Jacobson, *Rights Across Borders: Immigration and the Decline of Citizenship* (1996) (argumentando que el pos-nacionalismo es romper el vínculo entre el individuo y el estado); Peter J. Spiro, *Beyond Citizenship: American Identity After Globalization* (2008); Peter H. Schnuck, *Membership in the Liberal Polity: The Devaluation of American Citizenship*, GEO. IMMIG. L.J., volumen 3, p. 1 (1989) (argumentando contra la devaluación); Peter J. Spiro, *Whither Citizenship?* FOCUS L. STUD., volume 24, p. 1 (2009).

⁸² Ver Jefferey L. Blackman, *State Succession and Statelessness: The Emerging Right to an Effective Nationality under International Law*, MICH J. INT'L, volumen 19, p. 1141 (1998) y el texto acompañante a las notas *infra* 84-88.

⁸³ Para una discusión iluminadora, ver en general Alexander, *The Social-Obligation Norm in American Property Law*, *supra* nota 68; Stephen R. Munzer, *Property as Social Relations*, *supra* nota 80.

⁸⁴ Ver, e.g., Joseph William Singer, *The Reliance Interest in Property*, STAN. L. REV., volumen 40, p. 611 (1988); Karen Knop, “Relational Nationality: On Gender and Nationality in International Law”, en *Citizenship Today: Global Perspectives and Practices*, p. 89 (T. Alexander Aleinikoff & Douglas Klusmeyer eds., 2001); Robert Leckey, *Relational Contract and Other Models of Marriage*, OSGOOD HALL L.J., volumen 40 (2002); Stephen R. Munzer, *Property as Social Relations*, *supra* nota 80.

terceros, aun si la pareja no entra en un acuerdo formal o no la registra.⁸⁵ Bajo esa lectura, factores como compartir un hogar durante un periodo extendido en el tiempo o la mancomunación de recursos se convierten en pruebas de la seriedad de dicha relación y, por consiguiente, en su validez legal. Otro ejemplo son las determinaciones alrededor del interés superior del niño con respecto a su custodia o el régimen de visitas, las cuales están actualmente gobernadas por cuidadosos procesos de decisión fácticos caso-por-caso, en vez de presunciones fijas y basadas en género (como era el caso antes).⁸⁶ El uso creciente del *constructive trust* para alcanzar una distribución equitativa de la propiedad compartida entre socios sobre la base de obligaciones atribuidas de buena fe y trato justo en ausencia de un acuerdo formal ofrece otra ilustración adicional de esta tendencia generalizada.⁸⁷ Consideremos también la relevancia del lugar de domicilio para determinar la responsabilidad tributaria para residentes extranjeros, o para definir la elegibilidad para el derecho de votación local, admisión en las escuelas públicas, acceso a servicios municipales, etcétera.⁸⁸

Además, hay un rico cuerpo de jurisprudencia comparada e internacional que respalda la idea de revitalizar las definiciones de membresía a través de la adopción de un criterio de vínculo-genuino, socio-relacional para definir la ciudadanía. Consideremos la influyente decisión histórica *Nottebohm* de 1955 de la Corte Internacional de Justicia [CIJ] en la cual la CIJ sostuvo que la ciudadanía no es “meramente un título vacío”, por el contrario, la ciudadanía debe reflejar:

Un vínculo legal que tiene como su base el hecho social del apego, una conexión genuina de existencia, intereses y sentimientos, junto con la existencia de derechos y deberes recíprocos. Se puede decir que constituye la expresión jurídica del hecho de que el individuo a quien esta conferido... está, de hecho, más estrechamente conectado con la población del estado otorgante [de la ciudadanía] que con la de cualquier otro [e]stado.⁸⁹

En este caso particular, la CIJ tuvo que determinar sobre si un ciudadano de Alemania que ha residido en Guatemala por la mayor parte de su vida adulta antes de adquirir un pasaporte de Liechtenstein tenía

⁸⁵ Ver N.H. REV STAT. ANN. §457:39 (2009) (Las personas que cohabitan y se reconocen entre sí como marido y mujer, y están generalmente reconocidas como tal, por un período de 3 años, y hasta la muerte de uno de ellos, serán considerado legalmente casados.” En re Ober 314 Mont. 20, 62 P.3d 1114; De Melo v. Zompa, 844 A.2d 174, 177 (R.i, 2004).

⁸⁶ Ver Linda D. Elrod & Milfred D. Dale, *Paradigm Shifts and Pendulum Swings in Child Custody: The Interests of Children in the Balance*, 42 FAM L.Q. 381 (2008); Barbara Bennett Woodhouse, *Child Custody in the Age of Children’s Rights: The Search for a Just and Workable Standard*, 33 FAM.L.Q. 815, 818 (2000).

⁸⁷ Ver Laura Weinrib, *Reconstructing Family: Constructive Trust at Relational Dissolution*, Harv. C.R.-C.L. L.REV., volume 37, p. 207 (2002). Para las parejas casadas, divisiones equitativas de propiedad se han convertido en la norma que se aplica aun en los estados que solo tienen presunciones sobre una igual división de la propiedad o que han fallado en adoptar el estándar de igualdad. Ver Carolyn J. Franz & Hanoch Dagan, *Properties of Marriage*, COLUM. L. REV., pp.75, 101-102 (2004). Los Principios sobre la ley de la Disolución de la Familia del American Law Institute (ALI) han recomendado la extensión de las reglas de propiedad incluso para conviventes. Ver Principles of the Law of Family Dissolutions § 4.03 (2002). Agradezco a Jana Singer y Laura Kessler por guiarme dentro del laberinto de estas reglas recomendadas.

⁸⁸ Ver Middle Twp. Bd. Of Ed. v. K.K. and P.K., 93 N.J.A.R. 2d (EDU) 461 (1992) (que declara que según la ley de residencia escolar de New Jersey, la residencia a lo largo de un año en una zona de campamento local en violación de las leyes de zonificación urbana no tuvo impacto sobre la determinación de domicilio). Ver también Plyler v. Doe, 457 U.S. 202 (1982) (que declara que es ilegal que un consejo escolar deniegue la admisión escolar sobre la base del estatus de extranjero).

⁸⁹ Ver *Nottebohm* (Liech. v. Guat), 1955 I.C.J. 4, 23 (Apr. 6) [en adelante *Nottebohm*].

derecho de gozar de la protección de uno de estos países (Liechtenstein) frente al de otro (Guatemala). Este no fue un caso sencillo. El caso requería que la Corte Internacional “corriera el velo” del título de membresía para buscar otra cosa que hace que la ciudadanía tenga eficacia al nivel del derecho internacional vis-à-vis otro Estado. Para abordar este desafío, la CIJ cristalizó el principio de *la ciudadanía real y efectiva*: a saber, en vez de mirar meramente al estatus formal de membresía, la corte exploró y otorgó preferencia al vínculo real que “era consistente con los hechos”.⁹⁰ En el caso *Nottebohm*, el vínculo real y efectivo apuntó a Alemania (y posiblemente el lugar de residencia fija, es decir Guatemala), pero definitivamente no a Liechtenstein, donde a lo mejor *Nottebohm* tenía un vínculo tenue. La lección más generalizable que se deriva de *Nottebohm* es que, en vez de apoyarse en el estatus meramente formal de afiliación para determinar la ciudadanía, se debe examinar el *hecho social del apego*—la conexión genuina de una persona a un Estado—como una base válida y relevante para otorgar la membresía. Avances similares ocurren de hecho en los niveles locales y municipales. Grandes ciudades europeas (Ámsterdam, como un ejemplo clave) otorgan derechos de votación a nivel local a los no-ciudadanos que hayan residido en la metrópolis por al menos cinco años, afirmando—sobre la base de factores como el empleo, residencia, y apego social—su conexión genuina a la comunidad local. Los beneficiarios de estas provisiones tienen derecho de tener sus intereses y voces representados en las elecciones de la ciudad y formar partidos políticos.⁹¹

La CIJ identifica varios factores diferentes que deben ser tomados en consideración al identificar sobre sí “un vínculo real y efectivo” ha sido establecido entre un individuo y una nación, concediendo que el peso de estos factores puede variar de un caso al otro. La lista de estos factores, que es más ilustrativa que taxativa incluye: “la residencia habitual del individuo en cuestión, pero también el centro de sus intereses, sus vínculos familiares, su participación en la vida pública, el apego mostrado por él [o ella] por un país particular e inculcado en sus hijos, etcétera.”⁹² Esta prueba del centro-de-intereses es pragmático y socio-relacional; ella requiere la evidencia del establecimiento de vínculos observables, reales, y efectivos entre el individuo y la comunidad política. Dicha conexión no necesita ser respaldada por el nacimiento; por el contrario, sobre la base de la membresía en los hechos y de los intereses afectados, se rastrea el apego entre el individuo y la comunidad política.

En un sentido semejante, encontramos una serie de decisiones influyentes de la Corte Suprema de los EEUU que enfatizan el significado del desarrollo de vínculos e identificación con el país a lo largo del

⁹⁰ Sumario del caso *Nottebohm* (segunda fase) Juicio del 6 de abril 1955, ICJ-CIJ.ORG, <http://www.icj-cij.org/files/case-related/18/2676.pdf>

⁹¹ En los EEUU, los no-ciudadanos ya votan en varias elecciones locales, por ejemplo, en ciertas comunidades dentro de Maryland. En Chicago, los no-ciudadanos pueden votar en elecciones del consejo escolar. Otras áreas metropolitanas, incluso la ciudad de Nueva York, han considerado la adopción de derechos de votación para los no-ciudadanos también. Estas prácticas actuales reviven una tradición olvidada en la historia estadounidense, la cual permitía a los no-ciudadanos votar en varias elecciones a nivel local, estatal, y federal. Ver en general, Ron Hayduk, *Democracy for All: Restoring Immigrant Voting Rights in the United States* (2006) (contando esa historia fascinante). En Canadá hay una continua campaña para extender el derecho al voto a los no-ciudadanos en las elecciones municipales en Toronto y también en Vancouver. En Europa, todos los ciudadanos de la Unión Europea ya tienen derecho a votar y de postularse a cargos en elecciones municipales (según las regulaciones locales) independientemente de su nacionalidad. Muchos países europeos también han extendido el derecho al voto a quienes son no-ciudadanos del Estado y de la Unión Europea. Ver David C. Earnest, *Old Nations, New Voters: Nationalism, Traditionalism, and Democracy in the Era of Global Migration* (2008) (que analiza por qué las democracias otorgan a los no-ciudadanos el derecho al voto y ofreciendo evidencia empírica de veinticinco países).

⁹² Sumario ICJ de *Nottebohm*, *supra* nota 90.

tiempo como una base potencial para otorgar la ciudadanía y sus beneficios a residentes de largo plazo.⁹³ Esta noción de ganar un derecho refleja la idea del centro-de-intereses: cuanto más tiempo una persona reside en un país, más profundos son sus vínculos a una sociedad, y más fuerte es aún su reclamo para la inclusión y la membresía.⁹⁴ Como observa un comentarista, “sin importancia de la fuerza con la cual la ley formal lo niega, es nuestra *conducta* (de tener gente que viva, trabaje, y participe en una comunidad a lo largo de muchos años) la que crea la obligación.”⁹⁵ Este proceso incremental, en donde el centro de gravedad de la vida cambia, es central para el principio de *jus nexi*. Al concentrarse en una “conexión genuina de existencia, intereses, y sentimientos” en vez de títulos meramente formales, el *jus nexi* otorga substancia a la idea de que lazos reales y efectivos formados en la realidad merecen una forma de reconocimiento legal— en este caso, al otorgar una vía hacia la ciudadanía ganada sobre la base del vínculo social ya establecido. Este tipo de planteo nos permite dar la bienvenida a la comunidad política a aquellos que ya se han convertido en miembros sociales sobre la base de su participación real en la vida cotidiana y en la economía de la jurisdicción, y a través de su interdependencia dentro de sus estructuras legales y de gobierno. Como observa elocuentemente Hiroshi Motomura, este énfasis en los lazos que vinculan permite que la ley “tome en cuenta el tiempo, por medio de reconocer y otorgar significado legal a lo que *ya ha* ocurrido.”⁹⁶ En vez de enfocarse en el momento inicial de ingreso o preguntarse sobre si por casualidad una persona nació en un país particular, el conjunto de preguntas más significativas bajo el marco conceptual de *jus nexi* incluirían las siguientes: en donde él o ella vive de hecho, en donde ella o él ubican su centro de intereses y, como resultado de lo anterior, en donde hay que colocar “el enlace legal (de la ciudadanía) teniendo como base el hecho social del apego.”⁹⁷

D. La Obligación Democrática de Rendir Cuentas

La importancia de lazos reales, genuinos a una comunidad como base para el derecho a la membresía y la participación política es reconocido cada vez más por los filósofos políticos y teóricos de la democracia. Como Tomas Hammar observa, “en sociedades afluentes, ser miembro de (la ciudadanía de un país) es, en sí, un recurso de valor social, lo cual es, sin embargo, dado por sentado por aquellos que ya lo tienen.”⁹⁸ El altamente importante derecho semejante a la propiedad que denominamos la ciudadanía “está distribuido por [aquellos que ya cuentan como ciudadanos] hacia otros, que no tienen la membresía pero quienes lo desean tener.”⁹⁹ Dado este marco, el desafío es determinar el principio regulatorio correcto

⁹³ Ver *Matthews v. Diaz*, 426 U.S. 67, 80 (1976) (“Mientras el vínculo del extranjero se fortalece, así también crece la fuerza de su reclamo a una igual porción de la munificencia [la generosidad que un soberano concienzudo hace disponible para sus ciudadanos].”).

⁹⁴ Este modelo es nombrado como la “ciudadanía por afiliación” por Hiroshi Motomura. *Americans in Waiting: The Lost Story of Immigration and Citizenship in the United States* (2006). Ver también Joseph H. Carens, *On Belonging: What We Owe People Who Stay*, BOSTON REV., volumen 30 (2005).

⁹⁵ Gerald Lopez, *Undocumented Mexican Migration: In Search of a Just Immigration Law and Policy*, 28 UCLA L. REV. 615, 696 (1981).

⁹⁶ Hiroshi Motomura, *We asked for Workers, but Families Came: Time, Law, and the Family in Immigration and Citizenship*, VA. J. SOC. POL'Y & L., volume 14, p. 103, 250 (2006) [en adelante Motomura, *We Asked For Workers*]- Ver también Linda Bosniak, *Being Here: Ethical Territoriality and the Rights of Immigrants*, 8 THEORETICAL INQUIRIES IN L., volumen 8, p. 389 (2007) [en adelante Bosniak, *Being Here*].

⁹⁷ *Nottebohm*, *supra* nota 89, en 23.

⁹⁸ Tomas Hammar, *Democracy and the Nation State: Aliens, Denizens and Citizens in a World of International Migration*, p. 20 (1990).

⁹⁹ *Id.* P. 20.

para dicha distribución, que, como dijo John Rawls, “depende de la naturaleza de la cosa [distribuida].”¹⁰⁰ En el contexto de nuestra discusión, todo nuevo principio para otorgar la ciudadanía debe corresponderse mejor con el hecho y la intención a la membresía, además del consentimiento real asociado con este estatus legal.

El principio del arraigamiento aborda mejor las situaciones en las cuales una *inconsistencia* permanente existe entre la carencia de estatus legal y el hecho del apego social y la intención de permanecer. Como un marco teórico equitativo, *jus nexi* confiere validez legal al significado de la participación y a la apuesta que hacen los residentes de largo plazo dentro la vida de una sociedad política, reconociendo estos lazos reales y efectivos al definir el acceso al bien colectivo de la ciudadanía para aquellos individuos involucrados. En un mundo de movilidad transfronteriza en crecimiento, no podemos confiar más solamente en la transmisión por nacimiento o la exclusión continua basada en un momento de ingreso lejano [en el pasado], por más importante y significativo que pueda ser para determinar la (carencia) inicial de estatus de membresía.¹⁰¹ Más bien, cualquier principio reflexivo de la asignación de la ciudadanía que cumple los ideales de inclusión y de la obligación democrática de rendir cuentas debe tomar en cuenta la interdependencia que ha desarrollado a lo largo del tiempo entre un individuo y una sociedad.¹⁰² Esto requiere preguntarnos si “las circunstancias de vida de largo plazo en un individuo conectan su propio bienestar al de una sociedad política en particular.”¹⁰³ Si la respuesta es afirmativa, se debe dar seria consideración a la otorgación de la seguridad y dignidad que conlleva compartir los derechos y responsabilidades colectivas de la ciudadanía.

Volviendo a la jurisprudencia contemporánea de EEUU, es notable que ya tenemos operando la idea legal de “ganar” la membresía a través de la construcción de lazos reales y genuinos con la comunidad política. Por ejemplo, bajo la sección 240A de la Ley de Inmigración y Nacionalidad incluso las personas sujetas a una orden de remoción formal están permitidas de solicitar al Estado una exención que les permitiría permanecer en el país.¹⁰⁴ Para evaluar estos pedidos, los jueces de inmigración están instruidos

¹⁰⁰ John Rawls, *A Theory of Justice*, p. 25 (1999).

¹⁰¹ Como vía suplementaria a la ciudadanía, el *jus nexi* está diseñado a complementar, en vez de reemplazar, los principios tradicionales de *jus soli* y *jus sanguinis*. Aquellos quienes tienen acceso a la ciudadanía de EEUU por virtud del nacimiento o procesos de naturalización estándar no deben recurrir al principio de *jus nexi*. Una estructura de remedios semejante se puede encontrar en la ley migratoria canadiense, la cual opera caso por caso, en donde se permite la cancelación de la remoción por razones “humanitarias y de compasión” en aquellos casos en los cuales el retorno al país de origen traería onerosidad excesiva. Ver *Immigration and Refugee Protection Act [IRPA]*, S.C. 2001. c. 27, §§ 25-26 (Can); *Ken Yhap v. Canada (Ministro de Empleo y Inmigración)* (1990) 9 IMM. L.R. (2d) 243 (Fed T.D.) (en donde se declara que los aplicantes tienen derecho a una revisión plena y justa en la determinación de razones humanitarias y de compasión). En el Reino Unido, los inmigrantes indocumentados quienes han residido en el país por un periodo extendido en el tiempo tienen permitido buscar un permiso para permanecer indefinidamente por medio de su solicitud al Ministerio del Interior. Al considerar los permisos discrecionales, el Ministerio del Interior toma en cuenta circunstancias compasivas, residencia continua, y la fuerza del vínculo con Reino Unido. En estas jurisdicciones, los antecedentes penales casi siempre impiden el permiso discrecional para permanecer.

¹⁰² Ver Rainer Bauböck, “Stakeholder Citizenship and Democratic Participation in Migration Contexts” en *The Ties that Bind: Accommodating Complex Diversity in Canada and the European Union* (Johane Poirier & Paul Magette, eds., 2009)

¹⁰³ Bauböck, *supra* nota 102.

¹⁰⁴ Ver *Immigration and Nationality Act*, 8 U.S.C. § 240A (a) (2009) (“El Procurador General puede cancelar la remoción en el caso de que un extranjero inadmisibles o deportable de los EEUU si dicho extranjero- (1) era extranjero legalmente admitido para la residencia permanente por no menos que 5 años, (2) si ha residido en los EEUU continuamente por 7 años después de ser admitido con cualquier estatus y (3) no fue condenado de ningún delito

a considerar factores tales como la duración de la residencia, lazos familiares, evidencia del valor para y servicio a la comunidad, un historial de empleo, y el sufrimiento extremo que podría incurrir el solicitante y su familia en caso de que se realice la deportación.¹⁰⁵ Factores relacionados a considerar incluyen la edad, la salud, la habilidad de viajar, la buena reputación moral, y otras “cualidades” de la persona que pueden pesar a favor de permitir a los residentes de largo plazo o sus familiares cercanos permanecer en el país y adecuar sus estatus, superando las razones específicas para su remoción, que en ciertos casos puede incluir su presencia ilícita en el país.¹⁰⁶ En situaciones donde la remoción implica un sufrimiento extremo, la variedad de “hechos y circunstancias de cada caso,” como instruye la opinión líder, debe ser tomada en cuenta.¹⁰⁷ Los lazos que vinculan—factores suficientes para establecer reconocimiento legal retroactivo— pueden incluir instancias de compromiso cívico, como ser un padre involucrado en la escuela de su hijo, hacer voluntariado en el servicio a la comunidad, o cuidar de un pariente en necesidad.¹⁰⁸

Este tipo de determinación requiere una examinación *más allá* del estatus formal de la admisión de una persona al país, mirando la conducta real de la persona en el contexto de su apego social y sus vínculos a la comunidad. Este cambio de perspectiva fluye no sólo de reglas y procedimientos legales positivos cristalizados, pero también de los valores más fundamentales asociados con una democracia constitucional—un régimen comprometido a la igualdad entre sus miembros y que, idealmente, deriva su legitimidad de la inclusión de todos aquellos habitualmente afectados por sus leyes e instituciones como miembros dentro de sus órganos de toma de decisión.¹⁰⁹

Negar incluso categóricamente a los residentes de largo plazo la posibilidad de establecer su elegibilidad para la membresía no sirve a este ideal democrático. Además arriesga convertir a los migrantes radicados en parias, erosionando así la misma preservación de la sociedad como una comunidad de iguales.¹¹⁰ Ello debe preocupar profundamente, no sólo a aquellos en el campo de la nación-basada-en-inmigrantes, pero también a todos quienes valoran los principios de una nación-basada-en-leyes. Nos resulta más que familiar la historia angustiante de la exclusión de la ciudadanía, particularmente sobre la base de raza y de género que ha persistido en distintas formas para casi dos siglos a partir del nacimiento de la república.¹¹¹ Como ha dilucidado Rogers Smith, investigador académico de la ciudadanía de los EEUU,

agravado.” Aquellos sujetos a una orden de remoción sobre la base de un delito agravado no pueden solicitar una exención. Un estándar más permisivo estaba en efecto hasta 1996.

¹⁰⁵ Ver *In re C-V-T*, 22 I&N Dec. 7 (BIA 1998); *In re Marin*, 16 I&N Dec. 581 (BIA 1978).

¹⁰⁶ Estos factores fueron listados en las reglas propuestas promulgadas en 1979 por la INS, que buscaron identificar la consideración relevante para la discreción en asuntos de remoción. Ver 44 Fed. Reg. 36191 (1979). Estos protocolos fueron posteriormente removidos, dado que “es imposible listar o prever todos los factores adversos o favorables que pueden estar presentes dado un determinado conjunto de circunstancias.” 46 Federal Register 9119 (1981). Para discusión adicional, ver Maurice Roberts, *The Exercise of Administrative Discretion Under the Immigration Laws* S.D.L. REV., volumen 13, p. 144 (1975).

¹⁰⁷ *In re Cervantes* 22 I&N Dec. 560 (BIA 1999)

¹⁰⁸ See e.g., *In re Maria Teresa Garcia De Nunez* (2007 Administrative Appeal Office).

¹⁰⁹ Ver, entre otros, Robert A. Dahl, *Democracy and Its Critics* p. 122 (1989). Ver también Christopher L. Eisgruber, *Birthright Citizenship and the Constitution*, N.Y.U. L. REV., volumen 72, p. 54 (1997) (expresando la importancia del argumento democrático para justificar el principio *jus soli* de los EEUU).

¹¹⁰ FISS, *supra* nota 44.

¹¹¹ Para unos relatos históricos críticos de las exclusiones de raza y de género de la ciudadanía de los EEUU, ver, por ejemplo, Candice Lewis Bredbenner, *A Nationality of Her Own: Women, Marriage, and The Law of Citizenship* (1998); Ian F. Haney Lopez, *White by Law: The Legal Construction of Race* (1996); Rogers M. Smith, *Civil Ideals: Conflicting Visions of Citizenship in U.S. History* (1997) Nancy F. Cott, *Marriage and Women's Citizenship in the United States, 1830-1934*, AM. HIST. REV., volumen 103, p. 1440 (1998); Leti Volpp, *Divesting Citizenship: On Asian American History and the Loss of Citizenship Through Marriage*, UCLA L. REV., volumen 52, p. 405 (2005).

ahora los Estados Unidos tiene una “potente ‘obligación de incluir’ que fluye a partir de la combinación de... compromisos éticos y los papeles pasados y actuales [del país] en constituir las identidades de muchas personas quienes [en la actualidad] de ninguna manera las reconoce como ciudadanos plenos.”¹¹² Mientras la interdependencia entre el individuo y la comunidad política se profundiza, la demanda de alejarse del paradigma actual híper-legalista hacia un enfoque *jus nexi* es cada vez más fuerte. También podría decirse que la prerrogativa del gobierno para remover y deportar se torna más restrictivo.¹¹³ En la vieja jerga del razonamiento del derecho privado, “bajo la mirada de la equidad,” (en vez de promover el recurso formalista de la deportación) proporcionar una vía a la membresía en estas circunstancias ofrece una solución más apta, de lo contrario, el gobierno, la parte más fuerte, “falla en hacer lo que es justo.”¹¹⁴

Como observa la historiadora Mae Ngai, las políticas migratorias más viejas que entonces prevalecieron en la historia de los EEUU (antes del giro restrictivo que empezó en los 1920), incluyeron plazos de prescripción que limitaron la prerrogativa del Estado de deportar a los que ya se asentaron en el país, como también incluyeron varios mecanismos discrecionales, a través de los cuales individuos ajustaron su estatus en casos de residencia extendida, casamiento con un ciudadano, o cuando la deportación resultaría penosa. En el pasado, estos mecanismos sirvieron como correctivos importantes al, de otro modo, duro efecto de la letra de la ley, y en su momento fueron vistos como “consistentes con la filosofía general del crisol cultural.”¹¹⁵ El argumento democrático actual en favor de resucitar estas restricciones al poder de excluir se respalda menos en el ideal del crisol cultural, y más en la visión de los individuos como agentes que deberían tener una oportunidad de participar en formación de las leyes e instituciones políticas que más los afectan.¹¹⁶ El objetivo es asegurar que el gobierno está cumpliendo con su obligación de incluir (en la terminología de Smith) al proporcionar una voz dentro del proceso político a quienes su identidad y

¹¹² Ver Rogers M. Smith, *The Principle of Constituted Identities and the Obligation to Include*, ETHICS & GLOBAL POL., volumen 1, pp. 139, 140 (2008) [en adelante Smith, *The Obligation to Include*].

¹¹³ El poder del gobierno de remover nunca es absoluto; por ejemplo, las provisiones legislativas anteriores y propuestas en los EEUU, y en otros países comparados, típicamente requieren una muestra de buen carácter moral. El mismo patrón está manifestado en las formas de recursos individualizados y discrecionales. Ver, e.g., 8 U.S.C. § 122b(b)(1)(B), Immigration and Nationality Act § 240A(b)(1)(B). Sobre las cuestiones de políticas, ver en general Demetrios G. Papdemetriou, *The ‘Regularization’ Option in Managing Illegal Migration More Effectively: A Comparative Perspective* (Presentación en Migration Policy Institute Policy, Septiembre 2005).

¹¹⁴ Para una discusión comprensiva de estas doctrinas de equidad, ver Stephen Waddams, *Dimensions of Private Law: Categories and Concepts in Anglo-American Legal Reasoning*, pp. 57-79 (2003).

¹¹⁵ Ver Mae M. Ngai, *Impossible Subjects: Illegal Aliens and the Making of Modern America*, pp. 59, 60-90 (2004). Aun hoy los migrantes no-autorizados pueden calificar para un remedio discrecional en forma de “cancelación de la remoción” discutido arriba, a pesar de que es más difícil obtenerla hoy en día que en el pasado, debido a la restricción legislativa de esa forma remedial. Ver *supra* notas 104-108 y el texto acompañante. Estos mecanismos individualizados y discrecionales para la regularización difieren de los programas de legalización “excepcionales” y sobre incluyentes; estos segundos son mucho más contenciosos que los primeros. Ver Patrick Weil, *All or Nothing? What the United States Can Learn from Europe as it Contemplates Circular Migration and Legalization for Undocumented Migrants*, pp. 10-11 (*The German Marshall Fund of the United States, Immigration Paper Series*, May 2010) [en adelante Weil, *All or Nothing*]. Ver también Hiroshi Motomura, *Immigration Outside the Law*, COL. L. REV., volumen 18, pp. 2037, 2047-2055 (2008) (que describe vías distintas por las cuales los migrantes no autorizados pueden calificar a un estatus legal, tal como concesiones individuales basadas en una relación familiar con un ciudadano de EEUU o residentes permanentes o las necesidades de los empleadores, remedios discrecionales, y la posibilidad de que el Congreso adopte un programa de legalización.)

¹¹⁶ Ver, entre otros., BENHABIB, THE RIGHTS OF OTHERS, *supra* nota 25, en 220 (“la democracia ... [es] una forma de gobierno basada en la autonomía pública, es decir que aquellos sujetos a sus leyes también son sus propios autores.”) DAHL, DEMOCRACY AND ITS CRITICS, *supra* nota 109; Joshua Cohen, “Deliberative Democracy and Democratic Legitimacy”, en *The Good Polity: Normative Analysis of the State*, pp. 17-34 (Alan Hamlin & Philip Petit eds., 1989) Eisgruber, *Birthright Citizenship and the Constitution*, *supra* nota 109.

esperanzas de vida, en mayor parte, han sido constituidos por sus leyes e instituciones. Ello se puede lograr al darles una vía hacia la membresía ganada en la cual pueden embarcar si así lo desean.¹¹⁷

Cabe destacar que el cumplimiento de estas obligaciones equitativas no entran en conflicto con establecer o sostener que comunidades políticas distintas definan, respaldan, y hagan cumplir los límites y procedimientos de membresía para regular la inmigración.¹¹⁸ No obstante, lo que sí demanda es que los residentes de largo plazo ya presentes en el país y quienes se han convertido en un elemento integral en su tejido social y economía no están permanentemente excluidos de la coautoría de las leyes a las cuales están sujetos. Esto es una variación de los temas más antiguos sobre la ciudadanía participativa y constructiva estadounidense, al definir y redefinir “Nos, el Pueblo.”¹¹⁹ En una democracia, la belleza de la definición del pueblo o del cuerpo de la ciudadanía es que nunca está cerrado o del todo resuelto, particularmente no lo está en sociedades diversas como la de los Estados Unidos. Este reconocimiento alimenta la intensidad y, a veces, la ferocidad del debate de la nación-basada-en-leyes versus la nación-basada-en-inmigrantes. La concepción amplia que informa al marco conceptual del arraigamiento resalta los valores humanos subyacentes que la propiedad y la ciudadanía sirven, y las relaciones sociales que las forman y reflejan. Ello da urgencia a la necesidad de cerrar la brecha entre la realidad social de membresía y la tranca legal contra la admisión, particularmente si deseamos evitar la creación de una realidad permanente de clase paria de no-ciudadanos.¹²⁰ De esta manera, *jus nexi* refleja la idea de la obligación democrática de rendir cuentas dentro de una comunidad política limitada, según cual aquellos quienes están continua y habitualmente

¹¹⁷ La formulación evita la imposición de un estatus que ocurre bajo los programas de legalización *ex lege*. Ver *infra* notas 132-134 y el texto acompañante. Ello también permite a los diseñadores de políticas un mayor control sobre el proceso, al diseñar el criterio y las metodologías administrativas que se aplicaran cuando se otorgue el estatus, especialmente en donde la regularización es tratada como una medida “excepcional y de por única vez.” Ver Papademetriou, *supra* nota 115 en 6; Weil, *All or Nothing*, *supra* nota 117, en 10-11. Desde la perspectiva de la obligación democrática de rendir cuentas, la regularización del estatus permite a la sociedad aceptante mantenerse como una comunidad de iguales, incrementa su voz política, y reduce su marginalización social y económica. A pesar de que los no-ciudadanos cuentan con ciertos derechos y garantías independientemente de su estatus, ver LINDA BOSNIAK, THE ALIEN AND THE CITIZENS, *supra* nota 33, hay una grave brecha en la implementación. Para responder a esa preocupación desde un punto de vista abogadil, los abogados de derechos de los inmigrantes muchas veces arguyen “que el no-ciudadano, tiene derecho, no sólo a los derechos ‘en general’, sino al libre ejercicio de los derechos, dada la semejanza en comportamiento que tienen con los ciudadanos con estatus; según éste argumento, el inmigrante es lo suficientemente semejante a un ciudadano como para justificar el cierre de la brecha de derechos.” Ver Muneer I. Ahmad, “Developing Citizenship”, *Issues of Legal Scholarship*, p. 10(disponible en <https://doi.org/10.2202/1539-8323.1129>)

¹¹⁸ Para una expresión influyente de esa posición, ver WALZER, *supra* nota 33, en 31-63. Aun los académicos que toman una posición más cosmopolita que la de Walzer resaltan la tensión entre “apegos democráticos” que pueden cruzar fronteras y límites de membresía que están definidos principalmente por unidades territoriales soberanas (que operan solo, o en conjunto, como en la Unión Europea). Ver, e.g. Seyla Benhabib, *Borders, Boundaries, and Citizenship*, PS: POL. SCI. & POL., volumen 38, p. 673 (2005).

¹¹⁹ Sin embargo, como reconoce Smith, “La Constitución de EEUU fue escrita tras puertas cerradas por menos de cinco docenas de hombres blancos cristianos quienes carecían de la autorización expresa para hacerlo. A pesar de ello, empieza con “Nos, el pueblo de los EEUU... promulgamos y establecemos esta Constitución.” Esta historia hace razonable cuestionar en qué medida la Constitución de EEUU fue genuinamente constituida por el “pueblo” estadounidense—pero sin duda jugaba un papel preeminente en constituir tal “pueblo.” Ver Smith, *The Obligation to Include*, *supra* nota 112, p. 139. Para un abordaje poderoso sobre como los Redactores pudieron pretender hablar en nombre de “Nos, el Pueblo” a pesar de no ser sus representantes, ver Akhil Reed Amar, *American’s Constitution: A Biography*, pp. 4-53 (2005); sobre proclamar ley superior en nombre de “Nos, el Pueblo,” ver Bruce Ackerman, *We the People: Vol. 1 Foundations* (1991); Bruce Ackerman, *We the People: Vol. 2. Transformations* (1998).

¹²⁰ FISS, *supra* nota 44.

sujetos a los poderes coactivos del Estado deben eventualmente tener la oportunidad de obtener autoría sobre la formación de sus leyes.

E. Los lazos que vinculan

Para definir la membresía de una manera consistente con el concepto del arraigamiento, no podemos enfocarnos más sólo en el momento de ingreso como determinante del estatus legal. Al contrario, el *jus nexi* requiere que nos enfoquemos en las “relaciones reales que el individuo ha desarrollado con la sociedad: una familia, amigos, un trabajo, membresía en una asociación, colegas profesionales, oportunidades.”¹²¹ Esta lista ilustrativa de factores fue definido hace muchos años por Alexander Aleinikoff, uno de los investigadores estadounidenses más prominentes en derecho de migración y ciudadanía. Esta lista puede ser más extendida y actualizada para incluir otros factores de conexión, tal como voluntariado en los consejos escolares, la provisión de servicios a la comunidad, la contribución al trabajo de organizaciones religiosas, etcétera. Este conjunto más variado de vínculos está diseñado para asegurar un grupo más diverso de beneficiarios potenciales; si, por ejemplo, sólo se consideran como pruebas para establecer el hecho social de la membresía a la participación paga en el sector laboral o empresarial, entonces corremos el riesgo de poner en desventaja a los padres amos/as casa (sobretudo a las mujeres) y otros cuyas circunstancias de vida les impiden de la plena participación en un mercado pago y formal. Con esta definición más expansiva de reales lazos comunales, aun la gravedad del ingreso ilícito inicial puede reducirse a lo largo del tiempo si su estatus se adecua más tarde; mientras más profunda sea la interdependencia, más fuerte será el reclamo para embarcarse hacia la membresía ganada bajo el sendero socio-relacional del arraigamiento.¹²² Estos ejemplos ilustran que la lógica del arraigamiento ya está (aunque sin ser así nombrada) en nuestra conceptualización legal de la membresía. Esto es significativo en la defensa de la aplicación del principio de conexión genuina o *jus nexi*.

El énfasis en el arraigamiento es importante para una razón más: ofrece una explicación coherente para ciertos aspectos en la doctrina legal y la ley positiva que, de otra manera, aparecen esporádicos y sin una base conceptual apropiada. Considera el hecho de que un periodo de residencia real y continuo en los Estados Unidos ha sido parte del proceso de la adquisición de ciudadanía en los EEUU desde la promulgación de la Ley de Naturalización originaria de 1790, uno de los estatutos más significantes y antiguos adoptados por el Congreso. La Ley de Naturalización de 1790 sostuvo que un recién llegado, de buen carácter moral que está dispuesto a prestar juramento de apoyar la Constitución, primero necesitaba establecer que ha “residido dentro los límites y bajo la jurisdicción de los Estados Unidos durante un período de dos años” previo a ganarse la elegibilidad para la ciudadanía.¹²³ El requisito de residencia fue después aumentado de dos a cinco años,¹²⁴ y a pesar de los varios vaivenes en la historia de la inmigración a los

¹²¹ T. Alexander Aleinikoff, *Aliens, Due Process and 'Community Ties': A Response to Martin*, U. PITT. L. REV., volumen 44, pp. 237, 244 (1983).

¹²² Como vía suplementaria a la ciudadanía, *jus nexi* está diseñado para complementar a los principios tradicionales de *jus soli* y *jus sanguinis* en vez de remplazarlos. No afectará el estatus legal de aquellos quienes tienen acceso a la ciudadanía de los EEUU por virtud del nacimiento o las reglas de naturalización estándar. *Ver supra* notas 22-26, y el texto acompañante.

¹²³ *Ver* Naturalization Act de 1790, 1 Stat. 103 (1790). La Ley de 1790 también reflejaba las fuertes barreras excluyentes sobre la base de raza y de género de la época: sus beneficios fueron limitados a las “personas blancas y libres.” Para reflexiones críticas, *ver supra* nota 111 y el texto acompañante.

¹²⁴ *Ver* Naturalization Act de 1795, 1 Stat. 414 (1795). Este cambio también requería la presentación de preaviso de tres años con la intención aplicar a la ciudadanía.

Estados Unidos, este requisito de cinco años ha sido notablemente estable y persistente.¹²⁵ Hasta el día hoy es que permanece prescripto por las leyes de naturalización estadounidenses.¹²⁶

Con la perspectiva fija de *jus nexi* a la vista, podemos ver otros indicadores del significado de los vínculos reales para establecer la elegibilidad a la ciudadanía en otras provisiones de la ley migratoria. Por ejemplo, los Estados Unidos ya ha adoptado lo que podemos denominar como el requisito del arraigamiento con respecto a la transferencia del derecho de membresía a un hijo nacido de padres estadounidenses en el exterior. Si nació fuera de los Estados Unidos, el niño ganaría la ciudadanía al nacer sólo si uno de los padres ha residido en los Estados Unidos durante algún momento antes del nacimiento. En otras palabras, el pariente debe haber cumplido el requisito de la conexión genuina antes de poder transmitir la membresía de la comunidad política a la próxima (139) generación.¹²⁷ Si uno de los padres de un niño nacido en el exterior es un no-ciudadano, la ley estadounidense especifica que el/la padre/madre ciudadano/a debe contar con la presencia física en los Estados Unidos por al menos cinco años anteriormente al nacimiento del hijo, de los cuales dos de ellos deben haberse cumplido a partir de los catorce años de edad.¹²⁸ Ello se formaliza en la ley al establecer el requisito de que una persona, a través de la cual el precioso derecho de la ciudadanía es transmitida, debe haber experimentado la vivencia real de *ser* ciudadano. (El énfasis sobre la *experiencia* de membresía real permite evitar preguntas cargadas sobre la identidad y la pertenencia respecto de qué contenido es dado o debería darse a la designación de ser estadounidense.) Este requisito legal se cumple típicamente a través de la designación de los Estados Unidos como el lugar de residencia real por un número específico de años.

Este método es más equilibrado que aquel recién adoptado por el gobierno Canadiense a través de enmiendas a la Ley de Ciudadanía, la cual actualmente niega la opción para que un Canadiense nacido en el exterior pueda transmitir la ciudadanía a sus hijos si ellos también nacen en el exterior.¹²⁹ Por el contrario, un requisito *jus nexi* permitiría el restablecimiento de la doctrina legal Canadiense que sostuvo que un hijo de segunda generación nacido en el exterior puede adquirir y mantener la ciudadanía si vínculos significativos se mantienen entre el padre o hijo con su país de origen (ancestral), tal como se ha evidenciado por factores como el registro como ciudadano o la residencia en Canadá durante un periodo de por lo menos un año antes de la fecha de la solicitud. Otras formas de mostrar vínculos significativos bajo la ley anterior incluyeron la demostración de conocimiento adecuado de uno de los idiomas oficiales Canadienses o ser empleado de un servicio público canadiense, sea en el país o en el exterior.¹³⁰ Estas distintas actividades fueron legalmente interpretadas como evidencia de un fuerte vínculo suficiente entre el individuo nacido

¹²⁵ La excepción principal a esta destacable continuidad se encuentra en la Ley de 1798, la cual aumentó el requisito de residencia a catorce años en los EEUU y a cinco años dentro de un estado. Este estándar más exigente fue derogado en 1802, cuando el estándar de 1795 de cinco años de residencia fue reinstaurado.

¹²⁶ Immigration and Nationality Act § 316; 8 U.S.C. § 1427 (2009).

¹²⁷ 8 U.S.C. § 301 (c) (2009); *Weedin v. Chin Bow*, 274 U.S. 657 (1927).

¹²⁸ Sección 301(g) de la Ley de Inmigración y Nacionalidad declara que “una persona nacida fuera de los límites geográficos de los EEUU y sus territorios periféricos, de padres en donde uno de ellos es extranjero, y el otro un ciudadano de los EEUU, quien antes del nacimiento de esa persona estuvo físicamente presente en los EEUU o sus territorios periféricos por un periodo o varios periodos que suman no menos de cinco años, dos de los cuales debió cumplir después de los catorce años de edad,” ganará la ciudadanía al nacer.

¹²⁹ Citizenship Act, R.S.C. 1985, c. C-29, s. 3(3)(a) (enmendado 2009) (Can.) Sin embargo, la legislación otorga una excepción para los niños que quedarían apátridas si no se les otorgase la ciudadanía Canadiense. *Id.* At s. 5(5).

¹³⁰ *Citizenship Regulations*, SOR/1993-246 s. 16(a)-(b) (Can) (previo a las enmiendas a la Ley de Ciudadanía de Abril 17, 2009).

en el exterior y la comunidad política otorgante de la membresía; una promulgación robusta de los principios *jus nexi* que desafortunadamente han sido abandonados por los recientes cambios a la ley.

F. La Ciudadanía Ganada

A pesar de que la residencia prolongada típicamente juega un papel importante en la definición de los vínculos reales y efectivos, el *jus nexi* toma en serio la idea de que la ciudadanía inclusiva democrática debe reflejar un nexo entre los derechos y deberes como también entre la membresía y el apego social, a diferencia de un principio que inmediatamente vincula un asentamiento de largo plazo con un interés de convertirse en ciudadano. Este último punto distingue el principio de *jus nexi* del de *ex lege*, o la naturalización automática para cualquier persona cuya presencia en la sociedad se considera permanente.¹³¹ Al igual que la idea *ex lege*, el principio *jus nexi* está normativamente diseñado para minimizar la grieta entre la participación dentro de una membresía real y la obtención de una voz política; observa así a cada residente de largo plazo como un ciudadano en formación. Por el contrario, *jus nexi* no fuerza la membresía sobre ninguna persona; requiere que los residentes de larga duración muestren tanto la intención como el esfuerzo por unirse a la colectividad si es que ellos eligen embarcarse en la vía de la ciudadanía ganada. El principio del arraigamiento crea la *presunción de inclusión* en beneficio de quienes su eje de vida ya ha sido cambiado, pero aún requiere que los individuos actúen para que dicha elegibilidad impacte en su estatus de ciudadanía. Lo que se requiere acá no es la mera presencia física en el territorio, pero además la expresión de voluntad de convertirse en miembro pleno. De esta manera, el *jus nexi* se diferencia de una concepción de membresía que considera a la presencia territorial como un criterio de todo o nada.¹³² Así, evita el aspecto decreciente de la autonomía a través de la incorporación automática, *ex lege* de individuos en la sociedad sobre la base del mero paso del tiempo.¹³³

De este modo, el *jus nexi* permite tanto la obligación democrática de rendir cuentas como la igualdad política para aquellos quienes su bienestar está directamente afectado por la autoridad legal de la sociedad política—es decir hacia aquellos quienes residen dentro de su jurisdicción y están regularmente sujetos hasta el máximo de sus poderes coactivos. Procesos relacionados de la incorporación gradual a través de la participación en la vida de la sociedad política nos son familiares del procedimiento de la naturalización, la cual típicamente requiere a los recién llegados cumplir un requisito de residencia obligatoria por cinco años antes de que puedan aplicar a la ciudadanía. El enfoque acá es en la *experiencia* de la membresía, para la cual, en las palabras de un informe sobre la ciudadanía, “no existe sustituto alguno.”¹³⁴ Entonces, lo que demanda el *jus nexi* es una correlación más cercana entre la voz democrática,

¹³¹ Ver RUTH RUBIO-MARIN, *supra* nota 114 (que argumenta en favor de la incorporación automática dentro de la sociedad política después de un número fijo de años). Ver también Dora Kostakpoulou, , *The Future of Governance of Citizenship* (2008) (quien ofrece un fundamento para la ciudadanía que se sostiene en los conceptos legales del domicilio).

¹³² El método del arraigamiento, a diferencia de las versiones más extremas del argumento de la nación-basada-en-inmigrantes, no presume que el mero “aterrizaje” en el territorio es suficiente para ganar acceso a la membresía. La presencia en el territorio activa una importante serie de derechos y reconocimientos, pero no conlleva automáticamente a el acceso a la ciudadanía, la cual es más demandante que la mera presencia y residencia, la cual significa un vínculo más profundo y la experiencia de *transformarse* en miembro. Para una discusión iluminadora sobre la importancia del “estado de estar presente,” ver Linda Bosniak, *Being Here*, *supra* nota 96.

¹³³ Sobre este último punto, ver Bauböck, *Stakeholder Citizenship and Democratic Participation in Migration Contexts*, *supra* nota 102. Otra preocupación es que la “imposición” automática formal del título de ciudadanía por país de residencia puede potencialmente perjudicar el estatus del emigrante en su país de origen si este último objeta la doble nacionalidad.

¹³⁴ Ver *Canada Report of the Standing Committee on Citizenship and Immigration*, 1994, p.12.

le membresía en los hechos, y el derecho a la ciudadanía. Ofrece una vía para aquellos quienes su vida ya está profundamente enlazada con la de la comunidad determinada, en la cual se asentaron para disfrutar de derechos plenos y protecciones, permitiéndoles ganar el título de miembros de pleno derecho y en pie de igualdad.¹³⁵ Habiendo explicado cómo opera el *jus nexi* en la teoría, ahora voy a proporcionar ejemplos concretos de este principio en acción.

IV. Aplicación y Diseño Institucional

Ya hemos visto el profundo costo humano creado por el estancamiento actual.¹³⁶ En vez de rendirnos a la desesperanza, la adopción del principio *jus nexi* puede asistir para superar la objeción central contra la ciudadanía ganada: el argumento según el cual debemos retrotraernos al acto *inicial* de admisión ilícita o de permanencia más allá de lo permitido legalmente, como si ello conclusivamente prohíbe la eventual adquisición de título legítimo. Ello no siempre es el caso en el ámbito de la propiedad privada; y tampoco debe ser la respuesta al tratarse de la función pública de otorgar un derecho a la ciudadanía en una comunidad política en sí, con las protecciones y obligaciones asociadas a la plena membresía.

A. *Estudiantes Indocumentados: Abriendo la Puerta Dorada para los Miembros de la Generación 1.5*

Las secciones anteriores enfatizaron la importancia de establecer vínculos con la comunidad política como base para el reclamo de la membresía legal por parte de quienes, de otra manera, están impedidos de ser admitidos. Estas preocupaciones son especialmente evidentes con respecto a los jóvenes quienes fueron traídos al país por sus padres o guardianes en su niñez, en violación a la ley migratoria de EEUU.

El reconocimiento de esta situación ha llevado a repetidos intentos por responder a las dificultades que enfrentan individuos como Alan y Juan, en la forma de una legislación que encapsule la idea central del arraigamiento como base para la obtención de título legal. Un ejemplo es el la Ley DREAM,¹³⁷ que consiste

¹³⁵ Nótese que la membresía acá no es automáticamente otorgada a la persona como en un régimen de “*jus domicili*.” Ver KOSTAKOPOULOU, *supra* nota 133, en 113-126. Al contrario, como en la naturalización, el residente es el interesado de solicitar la ciudadanía y cumplir con sus requisitos. En este aspecto, difiere del análisis ofrecido por académicos sobre “la inclusión territorial” en el contexto de la regularización del estatus de inmigrantes no autorizados. Ver RUBIO MARIN, *supra* nota 114.

¹³⁶ Ver *infra* texto acompañando a las notas 34-50.

¹³⁷ La Ley de Desarrollo, Remedio, y Educación para Menores Extranjeros [Development, Relief and Education for Alien Minors—“DREAM Act”] fue introducido por primera vez en 2001. DREAM Act, S. 1291, 107th Cong. (2001). La ley ha sido aprobada en forma bipartidista dos veces por la Comité Judicial del Senado. Por un voto de 16 a 3 en la sesión ordinaria número 108 del Congreso. Y nuevamente en 2006, por un voto a viva voz sin disidencia como una enmienda al proyecto ley de reforma integral migratoria. El 24 de octubre de 2007, en un voto 52 contra 44 en el Senado, la Ley DREAM, S. 2205, sesión 110 del Congreso (2007), no alcanzó el apoyo requerido por 8 votos—con cuatro senadores ausentes—de los 60 necesarios para proceder a debatir el proyecto de ley. Más recientemente, la Ley DREAM (S. 729 and H.R. 1451) fue adjuntada como enmienda al Proyecto de Ley de Autorización a la Defensa Nacional para el Año Fiscal de 2011 [National Defense Authorization Bill for Fiscal Year 2011], S. 3453, 111th Cong. (2010), la cual falló al cierre de la votación (Sept. 21, 2010). La Cámara de Diputados aprobó la Ley DREAM el 8 de Diciembre de 2010 (216-198), pero al cierre de la votación 54 contra 41 el 18 de Diciembre de 2010, el Senado falló en dar continuación a la medida que hubiera otorgado una vía a la ciudadanía para los migrantes indocumentados quienes tenían menos de 16 años al momento de ser traídos a los EEUU, y que han permanecido en el país por al menos cinco años, que contaban con un título de la escuela secundaria, o su equivalente, y que han completado dos años de estudios universitarios o del servicio militar, S. 3992, 111th Cong. (2010). En la apertura de sesiones ordinarias del Congreso, el presidente Obama urgió al Congreso trabajar de forma bipartidista para lograr la aprobación de la Ley DREAM: “Sé que el debate será difícil. Sé que tomará su tiempo. Pero esta noche, acordemos hacer el esfuerzo. Y dejemos de expulsar a jóvenes talentosos, responsables, que podrían estar trabajando en nuestros laboratorios de

de varias provisiones acumuladas que permitiría a los alumnos indocumentados ganar condicionalmente el estatus de residente permanente en el caso de que hayan llegado al país antes de la edad de 16 años, y hayan permanecido continuamente en el país por al menos cinco años, y cuenten con una buen carácter moral.¹³⁸ La Ley DREAM está diseñada para que estos individuos puedan superar la difícil situación que enfrentan bajo la actual ley inmigratoria, la cual no les ofrece una vía para establecer la ciudadanía en su nuevo país adoptado independientemente de cuan bien cumplen con la mantra del sueño estadounidense de trabajar duro y sin descanso para alcanzar su talento a través del mérito y el esfuerzo. Ellos son las víctimas por excelencia de este estancamiento legislativo; ellos no tuvieron conocimiento o voluntad de decisión en la formación de la elección de sus padres de traerlos al país sin estatus legal. Su única esperanza para escapar de este futuro incierto y del miedo a la deportación depende de la resolución del impasse entre las perspectivas políticas de la nación-basada-en-leyes y la nación-basada-en-inmigrantes.

Bajo la actual ley inmigratoria, si un niño es traído al país sin la documentación requerida (o pierde su estatus mientras esta en el país), no hay método legal para superar la ilegitimidad originaria de su ingreso sin que se les otorgue un estatus legal a sus padres. Dicho de otra manera, los miembros de la generación 1.5 son ilegales para obtener acceso a la ciudadanía de los EEUU por sí mismos. Mientras sus padres permanezcan en los EEUU sin permiso, sus hijos nacidos fuera de los EEUU, en consecuencia, y sin culpa propia, también serán considerados como tal. Por ende, el interés en ver la aprobación de la Ley DREAM no está limitado a sus beneficiarios potenciales, individuos como Alan y Juan. La comunidad política en toda su extensión también tiene un interés de evitar la creación de una subclase de residentes permanentes quienes, por definición, están excluidos de membresía; un resultado que traicionaría las esperanzas de la nación a la responsabilidad democrática y la promesa de igualdad de oportunidades.

La propuesta de ley DREAM curiosamente pide más que la mera residencia y el paso de tiempo para que los individuos ganen la ciudadanía. En cambio, sus provisiones hacen que la adquisición de estatus de membresía permanente dependa de las *decisiones y acciones reales* de los beneficiarios. Un joven que solicita una adecuación de su estatus tendría que mostrar que él o ella “fue admitida a una institución de educación superior en los EEUU o que logró obtener un diploma de escuela secundaria o [su equivalente].”¹³⁹ Nótese ese lenguaje llamativo: la Ley reconoce que alumnos indocumentados han *logrado* obtener un diploma a pesar de los obstáculos casi inevitables que han soportado. Para abordar las preocupaciones del campo de la nación-basada-en-leyes, aquellos que buscan ganar la seguridad y la oportunidad que el estatus de residencia legal permanente conlleva se les solicita contribuir a la comunidad política que actualmente les extiende una mano acogedora. Este proceso de “reciprocidad” requiere que, esencialmente, los beneficiarios se comprometan a prepararse para los trabajos de una economía del siglo 21 a través de la educación.¹⁴⁰ Otro vía más controversial para la adquisición de la ciudadanía que ha aparecido en varias versiones del proyecto de ley se enfoca en el requisito del servicio militar por un período

investigación, o iniciando nuevos emprendimientos, que podrían enriquecer aún más nuestra nación.” Ver *remarks by the President in State of Union Address* (White House, enero 25, 2010).

¹³⁸ El análisis está basado en las provisiones prescriptas en el American Dream Act, S. 729 and H.R. 1751 respectivamente, 111th Cong. (2009). La Ley DREAM de 2010, S. 3827, *supra* nota 139, tiene provisiones de elegibilidad ligeramente distintos de aquellos expuestos en las secciones 4(1)(c)(i)-(ii).

¹³⁹ DREAM Act de 2009, S.729, 111th Cong. § 4(1)(d)(2009).

¹⁴⁰ Las provisiones relevantes de la Ley Dream de los EEUU, *supra* nota 140, requerirían el cumplimiento de un programa de dos años de estudios en una institución universitaria públicamente subsidiada o en una institución equivalente, mientras que otras propuestas, tales como la Ley DREAM de 2010, *supra* nota 140, sólo requería un título de la escuela secundaria.

de servicio mínimo de dos años.¹⁴¹ Técnicamente una vez que cualquiera de las dos vías fueron cumplidas—ya sea la educación o el servicio militar—el beneficiario califica para que tenga por removido el componente condicional para la adecuación de su estatus. En otras palabras, la transición de un migrante no autorizado que *no tiene derecho a permanecer* hacia un *miembro legal permanente* estará cumplida.

Esta estructura del estatus condicional que se convierte en permanente sobre la base del comportamiento real del beneficiario, coloca el énfasis en un conjunto de factores tal como la duración de la residencia y su edad de ingreso al país, como también las expresiones de responsabilidad y agencia individual; por tanto, contrarrestando el argumento del “polizón” que esgrimen los proponentes más rigurosos de la nación-basada-en-leyes en contra de esta vía para ganar la ciudadanía.¹⁴² La Ley DREAM ofrece una manera de intentar poner el *jus nexi* en acción, por medio de ilustrar que las nociones del arraigamiento y la ciudadanía ganada ya están prescriptas dentro de las soluciones legislativas propuestas. Si adoptada, esta iniciativa bipartidista proveería de acceso a la membresía a los alumnos indocumentados, quienes bajo las reglas actuales, se gradúan de la escuela secundaria hacia un limbo legal de no-membresía en el único país que reconocen como hogar.¹⁴³ Los miembros de la Generación 1.5 sin duda representan el caso más convincente para la aplicación del *jus nexi*, al emparejar las realidades legales de estos individuos

¹⁴¹ Una nota histórica: La voluntad de tomar las armas en defensa de la nación y exponerse a dicho peligro es quizás la indicación de la voluntad más extrema, y en verdad potencialmente perjudicial a la vida, de apegar sus fortunas con las de la nación receptora, a cual dicha persona desearía pertenecer como miembro pleno. Es también la forma más antigua de ganar el título de la ciudadanía, que data a las épocas de los soldados guerreros de la Grecia antigua. En la realidad actual, hay razones más prácticas para enfatizar el servicio militar como una base para ganar la ciudadanía, es decir, la necesidad de atraer nuevas reclutas para luchar las guerras en Iraq y Afganistán. Esa política también se vio reflejada en la decisión del gobierno por acelerar la ciudadanía estadounidense para las inmigrantes quienes servían a las fuerzas armadas desde los ataques del Once de Septiembre [9-11]; dichos cambios recientes fueron reflejados en las enmiendas a las secciones 328 y 329 del INA, 8 U.S.C. 1103, 1440, 1443.

¹⁴² La noción de la ciudadanía ganada se extiende a la Ley DREAM, como ha quedado en evidencia en el Acta del Congreso tras los varios intentos frustrados de aprobar la legislación en el Capitolio desde el año 2001. Dicha noción ha sido bien capturada por las palabras del senador Richard J. Durbin, (Demócrata del Estado de Illinois): “Hace casi diez años atrás introduje un proyecto ley llamado la Ley DREAM. La razón por la cual la introduje [como iniciativa bipartidista] fue porque sentí que había una seria injusticia e inequidad dentro de los EEUU. Dentro de nuestras fronteras tenemos a miles de jóvenes quienes fueron traídos a los EEUU por sus padres a una temprana edad... Llegaron acá y se convirtieron en parte de los EEUU... Pero dado que llegaron a este país con padres indocumentados, ellos no eran legales. No podían ser ciudadanos. Ello, para mí, es una seria injusticia. En este país, no responsabilizamos a los hijos por los crímenes y delitos de sus padres. Lo que propuse con la Ley DREAM es otorgar a esos jóvenes una chance—una chance para *ganarse* su camino hacia el estatus legal y formar parte del único país que han conocido. La Ley DREAM no es simple. La Ley DREAM sostiene que si tu has llegado cuando niño, si fuiste criado en los EEUU, y tienes buen carácter moral, sin antecedentes penales, y te has graduado de la escuela secundaria, es entonces cuando te otorgamos [un número específico de] años. Durante este período de tiempo, tu tienes que realizar dos cosas para convertirte a la legalidad. 1) servir en los EEUU; y 2) completar 2 años de educación universitaria. Entonces te otorgaremos una chance para adecuar tu estatus temporario y retornar a la legalidad en los EEUU. Pero tu tienes que ganarte la vía hasta el fin del proceso, sujeto a evaluación, examinación y a todos los requisitos que deberían estar presentes antes de que alguien obtenga esta oportunidad única en la vida.” Ver CONG. REC. S7246-S7247 (Sept.21, 2010) (declaración de Senador Durbin) [énfasis agregado].

¹⁴³ Tal llamada al cambio también encuentra apoyo en la decisión *Plyler*, según la cual la Corte Suprema de los EEUU declaró que los estados no pueden negar acceso a la educación pública a los niños indocumentados, al argumentar que estos niños “no pueden afectar la conducta de sus padres, ni su propio estatus legal ... la legislación que dirige la presunción de delincuencia de un padre contra sus hijos no es conforme con las concepciones fundamentales de justicia.” Ver *Plyler*, 457 U.S., en 220. Para aquellos quienes se enfocan en un análisis costo-beneficio, la situación actual es objetable porque significa que las comunidades que han invertido en la educación pública de estos alumnos (como fue requerido por la decisión *Plyler*) nunca van a cosechar los beneficios de sus talentos y habilidades. Su potencial a terminar desechado y perdido. Ver Gonzales, *Wasted Talent and Broken Dreams*, *supra* nota 34.

con las transformaciones sociales que ya han efectivamente ocurrido, y al corregir una serie de males que no han sido originados por estos jóvenes. Para la generación atrapada dentro del estancamiento entre las posturas de la nación-basada-en-leyes y la nación-basada-en-inmigrantes, la vía del arraigamiento hacia la ciudadanía ganada ofrece una “cuerda de salvavidas.”¹⁴⁴ Ello puede determinar la diferencia entre un futuro brillante, lleno de oportunidades, o una realidad desalentadora en un centro de detención y con una orden de deportación pendiente. Ganar el acceso a la ciudadanía bajo el principio del arraigamiento propuesto no está diseñado para ser fácil o automático. Sin embargo, superar las deficiencias centrales de la situación actual por medio de hacer que el acceso a la membresía plena refleje la agencia humana y su real comportamiento, en vez de la denegación fija, predeterminada, e irrevocable que actualmente es todo lo que la ley ofrece a estos jóvenes.¹⁴⁵ Tal denegación de oportunidades debido a circunstancias que están más allá de nuestro control (sobre la base de dónde o de quién nacemos, o bajo qué condiciones fuimos traídos a otro país durante la infancia) va en contra de las nociones básicas de equidad y justicia liberales y democráticas. Se castiga a los niños por los actos de sus padres, carece de proporcionalidad y compasión humana, y es ciega al proceso de inmersión y al cambio de expectativas que ya han ocurrido. En vez de una ganar una chance de cumplir el sueño estadounidense, estos jóvenes enfrentan la expulsión, el desarraigo, y el destierro de por vida de los EEUU. Agregar la vía *jus nexi* hacia la ciudadanía ofrece la esperanza más práctica y principista para resolver su aflicción.

B. *Migrantes No-autorizados: Superando el “Pecado Original” del Ingreso ilícito*

La admisión acorde a derecho es generalmente vista como una etapa fundamental para la adquisición de la ciudadanía por quienes no cuentan con título de membresía por herencia. ¿Pero qué sucede si esta condición inicial de admisión autorizada es violada? El debate entre los campos de la nación-basada-en-leyes y la nación-basada-en-inmigrantes sobre cómo tratar a los residentes no-ciudadanos de largo plazo que o bien entraron al país como adultos de manera clandestina o bien excedieron su estadía temporaria más allá de lo permitido en sus visas nunca fue, quizás, tan perturbador y contencioso.¹⁴⁶ A diferencia de

¹⁴⁴ Este término fue usado por el presidente de la Universidad de Harvard, Drew Faust, para describir la Ley DREAM, en la declaración sobre la detención de Eric Balderas, un alumno de Harvard del segundo año, quien fue criado y educado en los EEUU pero que no tenía estatus legal dado que fue traído al país a los cuatro años de edad. Él fue detenido por permanecer ilícitamente en el país, pero subsecuentemente fue liberado con una acción deferida una vez que su detención acarrió la indignación internacional. Ver XI Yu, *Faust, Balderas, Thank Senator for Sponsoring the Dream Act*, THE HARVARD CRIMSON, Sept. 15, 2010.

¹⁴⁵ Los países europeos también han adoptado esquemas legislativos que permiten a los niños, quienes han llegado a una temprana edad, ganarse un permiso de residencia que les provea una garantía contra la deportación o remoción. También hay una creciente línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Europea de Derechos Humanos (TEDH) sobre el derecho a la vida privada sobre la base del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH). Ver Daniel Thym, *Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?* INT'L & COMP. L.Q., volumen 57, p. 87 (2008).

¹⁴⁶ Para los distintos modos de ingreso de migrantes no-autorizados que viven en los EEUU, ver las estadísticas del Pew Hispanic Center (Pew Hispanic Center 2006). Ver también Brookings-Duke Immigration Policy Roundtable, *Breaking the Immigration Stalemate: From Deep Disagreements to Constructive Proposals*, p. 4 (2009) [en adelante BROOKINGS-DUKE]. Las circunstancias de admisión pueden terminar siendo significativas al evaluar la obligación del gobierno de incluirlos. Como explica Stephen Legomsky: “Una ligera mayoría de los doce millones de inmigrantes indocumentados en los EEUU entraron al país sin inspección y, por tanto, han cometido infracciones. Ellos son, por definición, “violadores de la ley.” Aquellos quienes se convirtieron en indocumentados al exceder su estadía acorde a sus visas legales temporarias no han cometido actos ilícitos, pero ellos también han violado las leyes inmigratorias y están sujetos a remoción sobre la base de ellas. Los que sobrepasan el tiempo de estadía también son “violadores de la ley.” Stephen H. Legomsky, *Portraits of the Undocumented Immigrant: A Dialogue*, 44 GA. L. REV. 65, 143-144 (2009). En igual sentido, Hiroshi Motomura indaga respecto del significado de una estadía ilícita, pero desde una

los niños quienes no tuvieron control sobre la decisión de sus padres de cruzar la frontera, o quienes inicialmente cumplieron con el proceso oficial de admisión, el estatus legal de los adultos indocumentados se “presume ser el resultado de su propia acción voluntaria.”¹⁴⁷ Como tal, ellos son vistos como responsables, al menos en parte, para la difícil situación que actualmente enfrentan como no-ciudadanos “irregulares.” No obstante, las opiniones divergen significativamente sobre las implicaciones de esta conducta inicial de ingreso o permanencia ilícita. Como la jurista Linda Bosniak observa con elocuencia, hay “una incertidumbre persistente acerca de quién efectivamente tiene la culpa cuando se trata de la inmigración indocumentada, y quien debería apropiadamente soportar sus costos asociados.”¹⁴⁸

Defensores de la postura de la nación-basada-en-leyes han adoptado una posición absolutista en respuesta a esa pregunta. Ellos sostienen con firmeza que los migrantes no-autorizados deben estar prohibidos de ser admitidos y se les debe denegar los derechos y privilegios de la membresía como resultado de su “pecado original:” ellos quebraron la ley al ingresar sin permiso y, por lo tanto, deben tener prohibida cualquier vía que les habilite la regularización de su estatus. Unos incluso van un paso más allá y argumentan que los migrantes no-autorizados deberían ser deportados a sus países de origen, independiente de las dificultades que tal destitución puede causar o la red de relaciones que han establecido en la nueva sociedad política. En contraste, las proponentes de la visión de la nación-basada-en-inmigrantes enfatizan que este país ofrece a sus nuevos llegados la chance de un nuevo comienzo. Además, ellas objetan la categorización de los ingresantes indocumentados como “extranjeros ilegales” al sostener que, por razones morales, el ser humano no puede ser definido como ilegal.¹⁴⁹ Este sentimiento es capturado correctamente por los eslóganes tales como “nadie es ilegal,” o en reclamos para otorgar “estatus para todos.”¹⁵⁰ Sin embargo, en

perspectiva de la sociedad en vez de una legalista, lo que lo lleva a concluir que “una tolerancia amplia hacia la inmigración extra legal prevalece hoy, aun si el poder de policía muestra públicamente una cara fuerte y con frecuencia resulta en prácticas duras que ponen graves dificultades sobre migrantes particulares quienes están siendo blancos en la frontera y en el interior.” Ver Motomura, *Immigration Outside the Law*, *supra* nota 117, en 2053.

¹⁴⁷ Ver BOSNIAK, THE CITIZEN AND THE ALIEN, *supra* nota 33, en 66.

¹⁴⁸ *Id. En 67* (reexaminando la decisión *Plyler* para mostrar la ambivalencia hacia “la culpabilidad” de los adultos indocumentados). Como escribió la Corte: “La absoluta incapacidad o la ejecución laxa de las leyes que prohíben la entrada en este país, sumado a la falla en establecer una barrera efectiva al empleo de extranjeros indocumentados, ha resultado en la creación de una “población en las sombras” de inmigrantes ilegales—que alcanzan los millones—dentro de nuestras fronteras. Esa situación plantea un espectro de casta permanente compuesto por residentes extranjeros indocumentados, en donde algunos los alientan a permanecer acá como una fuente de mano de obra barata, pero que sin embargo les fueron negados los beneficios que nuestra sociedad hace disponible a sus ciudadanos y residentes permanentes legales.” Ver *Plyler*, 457 U.S., en 218-219 (notas de pie omitidos).

¹⁴⁹ Ver Nicholas P. De Genova, *Migrant ‘Illegality’ and Deportability in Everyday Life*, ANN. REV. ANTHROPOLOGY, volumen 31, pp. 419, 420 (2002). Ver también BENHABIB, THE RIGHTS OF OTHERS, *supra* note 25 en 3, 221; Stephen H. Legomsky, *supra* nota 150. Como se ha usado a lo largo de éste artículo, el termino preferido es inmigrante indocumentado o no-autorizado. En *Mohawk Industries v. Carpenter* (No. 08-678) Diciembre 8, 2009, la opinión de Sotomayor utilizó el primer uso del término “inmigrantes indocumentados,” según una base de datos legales; mientras que el término “inmigrante ilegal” ha aparecido en docenas de decisiones. Ver Adam Liptak, *Sotomayor Draws Retort from a Fellow Justice*, N.Y. TIMES, diciembre 9, 2009.

¹⁵⁰ Ver *No One is Illegal*, disponible en <http://www.nooneisillegal.org/>. Ver Nicholas P. De Genova, *Migrant ‘Illegality’ and Deportability in Everyday Life*, ANN. REV. ANTHROPOLOGY, volumen 31, pp. 419, 420 (2002). Ver también Stephen H. Legomsky, *Portraits of the Undocumented Immigrant: A Dialogue*, GA. L. REV., volumen 44, p. 93 (2009); BENHABIB, THE RIGHTS OF OTHERS, *supra* nota 25 en 3, 221; Stephen H. Legomsky, *supra* nota 150 Como se ha usado a lo largo de éste artículo, el termino preferido es inmigrante indocumentado o no-autorizado. En *Mohawk Industries v. Carpenter* (No. 08-678) diciembre 8, 2009, la opinión de Sotomayor utilizó el primer uso del término “inmigrantes indocumentados,” según una base de datos legales; mientras que el término “inmigrante ilegal” ha aparecido en docenas de decisiones. Ver Adam Liptak *Sotomayor Draws Retort from a Fellow Justice*, N.Y. TIMES, Diciembre 9, 2009, *supra* nota 149. [sic.]

una contra réplica, un defensor sofisticado de la postura de la nación-basada-en-leyes puede señalar que no es la *persona* quién es designada como “ilegal,” sino el *acto* de ingreso al país que ha sido ilícito; un punto que, por lo menos técnicamente, es válido en un mundo de migración regulada como lo nuestro. No obstante, en el clima político actual, esa respuesta no supera escrutinio. Considera el hecho de que los legisladores en los EEUU aprobaron un borrador del proyecto ley de la Ley de Protección frente al Anti-terrorismo, el Control a la Inmigración Ilegal, y de la Frontera [Border Protection, Anti-terrorism, and Illegal Immigration Control Act] de 2006 (que finalmente no fue aprobado) que define la presencia ilícita en el país como un crimen, que así confunde la separación entre la acción y el estatus, y convierte a la migración no-autorizada en una categoría de responsabilidad penal.¹⁵¹ La reciente legislación de Arizona, y la legislación que la emula en otros estados que aumenta el poder de ejecución de la ley y de foco sobre los migrantes indocumentados, subraya los desafíos extremadamente altos que están involucrados en éste debate.¹⁵²

La diferencia de opinión y de políticas públicas entre estos dos campos en competencia no es, tal como hemos visto, tan fácilmente de resolver. En lugar de meterme en el meollo, otra vez hago uso de la analogía conceptual sobre la base del derecho de la propiedad y exploro la operación de algunos remedios equitativos con el propósito de desarrollar la alternativa de *jus nexi* o centrada en el arraigamiento como respuesta al problema del ingreso inicial sin permiso. Este ejercicio no busca alcanzar una correlación directa. Sino, la meta es responder al argumento más fuerte de la crítica de la nación-basada-en-leyes en contra la regularización—que las personas quienes entraron ilegalmente no deberían merecer la oportunidad de regularizar su estatus. Dicha posición es demasiado estricta, incluso en el campo de la propiedad privada, donde el titular recibe la protección más fuerte frente al resto del mundo. Sabemos que, desde la doctrina de la propiedad, el dueño de la propiedad privada puede estar obligado, bajo condiciones legales específicas, a renunciar sus derechos para que otra persona pueda tener derechos similares en su favor. No se solicita o se justifica ningún sacrificio semejante por el concepto del arraigamiento como base para la ciudadanía ganada. Puesto que, en contra de los recursos finitos como la propiedad real (por ejemplo, el terreno), el estatus de membresía en una comunidad política es relacional y (148) es un bien librado por el gobierno, una nueva cosa, intangible, semejante a la propiedad, y su otorgación de la ciudadanía a una persona X no priva a una persona Y de su derecho legal a una membresía plena y en igual condiciones dentro de la comunidad política compartida. Cuando se otorga una vía hacia la ciudadanía ganada, el país aceptante, en efecto, restringe su prerrogativa de deportar o de remover a quienes, a pesar de carecer un estatus legal, ya se han convertido en miembros reales de su economía y de su sociedad. Un compromiso a la regularización además implica proveer una vía hacia la ciudadanía, como una manera de preservar la responsabilidad democrática dentro de una comunidad política entre iguales. Sin ser menos significativo, el hecho de permitir a los no-ciudadanos ajustar su estatus no desplaza ni priva a los miembros actuales de los derechos

¹⁵¹ Ver The Border Protection, Anti-Terrorism, and Illegal Immigration Control Act of 2005, H.R. 4437, 109th Cong. (2005). Este proyecto de ley hubiese prescrito la imputación de un crimen contra cualquier persona indocumentada que fue encontrada residiendo en los EEUU, y hubiese prohibido a los residentes indocumentados de ganar el estatus legal en el futuro. En otras palabras, a diferencia de la situación legal actual, el proyecto de ley hubiese convertido a la mera residencia ilícita en los EEUU en un crimen federal. Además definió como “contrabandista de extranjeros” a cualquier pariente, abogada, empleadora, colega, clérigo, o amiga quien haya de algún modo interactuado con el migrante indocumentado—aun si actuaron inocentemente y de buena fe al prestar asistencia al migrante no-autorizado.

¹⁵² Para el fondo sobre la nueva controvertida ley de Arizona (SB 1070), ver, por ejemplo, Jefferey Kaye, Immigration Policy Center, Enforcing Arizona’s SB 1070: A State of Confusion <https://www.americanimmigrationcouncil.org/research/enforcing-arizonas-sb-1070-state-confusion>

y las protecciones vinculados a *su* derecho a la membresía.¹⁵³ Por ende, el *jus nexi* evita implicaciones más duras para los titulares originarios que pueden resultar de la operatividad de los principios equitativos que pueden encontrarse en otras áreas del derecho, incluso en el campo cuasi-sagrado de la propiedad.

Algunos se encuentran sorprendidos al aprender que los ingresantes sin invitación pueden, bajo ciertas circunstancias, obtener un título legal a una propiedad en cual se han asentado sin permiso. La antigua doctrina del derecho común de usucapión* otorga un título de propiedad a aquellos poseedores quienes han continuamente ocupado el terreno,¹⁵⁴ aunque de modo adverso frente a su dueño, como si fuera suyo por un cierto periodo (generalmente designado por ley, y en promedio alrededor de diez años)¹⁵⁵: “quien... posea la propiedad que pertenece a otro por un periodo de tiempo suficiente *sin* el permiso del dueño, adquiere el título de la propiedad.”¹⁵⁶ Entonces, la usucapión ofrece “un medio asombroso para adquirir la propiedad.”¹⁵⁷ Asombroso porque sostiene que una persona que ingresó sin permiso puede obtener un título pleno a la propiedad en la cual inicialmente él o ella ingresó *ilícitamente*.¹⁵⁸ No obstante, para establecer un título lícito en dicha manera se debe cumplir ciertas condiciones. Entre ellas, la más significativa es que el ingresante debe haber residido en el territorio bajo efectiva posesión por un tiempo extendido. El período de ocupación continua bajo efectiva posesión en el contexto de la propiedad difiere de una jurisdicción a otra.¹⁵⁹

Independiente del periodo específico de ocupación efectiva, el efecto de la doctrina de la usucapión permanece igual: *limita* dramáticamente el derecho de los dueños a excluir a los extranjeros si no toman acción una vez que la notificación real o constructiva de que un ocupante no invitado ha visiblemente residido en su territorio durante mucho tiempo. Bajo tales circunstancias, el derecho de la propiedad reconoce que las relaciones y expectativas pueden cambiar a lo largo del tiempo. Otra perspectiva

* *Usucapión*: traducido de la doctrina de “adverse possession.”

¹⁵³ Por el contrario, la adición de nuevos miembros legales puede afectar la distribución de los beneficios asociados, como por ejemplo el acceso a los beneficios sociales, la educación pública o la salud pública, que son entendidas por economistas políticos como una rivalidad potencial, por la cual su consumación por parte de una persona se percibe como la disminución del derecho para otra persona. El recuento verdadero depende en la balanza agregada de las contribuciones a los recursos públicos versus el uso de tales servicios. No hay consenso sobre la matriz, menos aún de los resultados, sobre los complejos cálculos en la política pública social.

¹⁵⁴ Resulta importante, cuando pensando la ciudadanía ganada como remedio equitativo en el contexto de la inmigración, los requisitos de la usucapión que deberían ser cumplidos colectivamente en vez de individualmente. Por ejemplo, muchísimos reportes documentan la presencia de una población estimada en 11 a 12 millones de migrantes indocumentados en el territorio EEUU, y esta prueba debería satisfacer el establecimiento de los requisitos de ocupación “abierta y notoria.” Ver, entre otros, BROOKINGS-DUKE, *supra* nota 150, en 9. De este público modo, un aviso constructivo ha sido otorgado y la presencia puede estar considerada hostil en el sentido legal de la ocupación de la tierra (la mayoría de los estados no requieren el componente de la intención para que el plazo de prescripción empieza a correr). Como se muestra, también resulta verdadero, abierto, continuo, y notorio por la presencia física de largo plazo de dichos grandes números de migrantes indocumentados que residen en el territorio.

¹⁵⁵ Ver *infra* nota 159.

¹⁵⁶ SINGER, ENTITLEMENT, *supra* nota 56, en 45. Ver también Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, Property, p. 35 (2010).

¹⁵⁷ DWYER & MENELL, *supra* nota 55, p. 76.

¹⁵⁸ Herbert Hovenkamp & Sheldon F. Kurtz, The Law of Property: An Introduction Survey, p. 55 (quinta edición, 2001).

¹⁵⁹ Por ejemplo, el periodo exigido en Florida es de 7 años, 15 años en Connecticut, 5 años en California, 10 años en Ontario, 10 años en Alberta, y 12 años en el Reino Unido para la tierra no registrada. Ver, *e.g.*, CAL. CIV. PROC. CODE § 325 (West 2010); CONN GEN STAT. § 52-575 (West 2009); FLA . STAT. § 95. 16-18 (2010); Sherren v. Pearson, 14 S.C.R. 581 (1887) (Can.); Lundrigans Ltd. V. Prosper, 132 D.L.R. 3d. 727 (1981) (Can); Limitation Act, c.58, § 15 (1980) (Eng.).

iluminadora sobre la usucapión la brinda Joseph Singer, quien sostiene que una vez que “ambas partes han actuado en maneras inconsistentes con los derechos formales de propiedad,” es injusto volverse contra el usucapiente valiéndose de las formalidades del título.¹⁶⁰ En vez de ello, podemos comprender la conformidad de las partes según sus arreglos informales como creando en efecto una “transferencia informal” del derecho.¹⁶¹ El derecho del ingresante a adquirir un título a través de la usucapión no es automático; debe ser tratado como un remedio que resultará operativo una vez que el plazo de prescripción para la recuperación por su titular original haya vencido. Esta protección legal guarda el interés del “verdadero” dueño contra el ocupante no invitado, manifestando su derecho de excluir. Ello de por sí no es inesperado. Lo que es sorprendente, y de modo radical, es que una vez que el período de tiempo ha pasado (e.j., una vez que el plazo de prescripción para su recuperación se venció), el dueño original está impedido de remover al usucapiente de la propiedad—a pesar del hecho de que él no dio permiso a su ingreso en primer lugar.

Si este tipo de restricción opera en el contexto de la propiedad real, en donde tratamos con dueños privados a quienes típicamente tienen un fuerte reclamo sobre sus derechos *in rem*, entonces podría decirse que se aplica al menos con igual fuerza cuando se trata de un derecho público como el de la ciudadanía. Podemos pensar acá en el ejemplo de la usucapión como representativo, al menos metodológicamente, del “caso más difícil.” si se puede probar que dichos remedios equitativos se aplican el ámbito altamente protegido de la propiedad, entonces el argumento en favor de la creación de una vía legal para la regularización en el contexto de ciudadanía se torna más fácil de establecer y justificar.¹⁶² Recuérdese que la membresía política es otorgada por un acto del soberano, por consiguiente soportando los requisitos públicos más duros de rendición de cuentas, responsabilidad, y de la obligación de incluir. Así, se puede plantear que si el gobierno (operando acá como “fideicomisario” para la comunidad política) ha aceptado tácitamente a la residencia pacífica, productiva, y continua de millones de migrantes no autorizados, quienes se han asentado dentro de su territorio por un tiempo extendido, puesto que debe haber un punto en el tiempo en donde el gobierno está impedido de denegárselo por su propia.¹⁶³ Bajo dichas circunstancias, los ingresantes no autorizados deben poder ganar cierta inmunidad frente a la deportación y remoción, además de la oferta de una eventual vía a la regularización de su estatus. Como hemos visto anteriormente, dicha “obligación de incluir” en el contexto estadounidense (en uso de la terminología de Smith) también se deriva de la teoría democrática en general y de la historia de este país en particular.

La obligación de incluir también está informada, críticamente, por la familiar distinción legal—en el derecho de propiedad y en el de ciudadanía—entre el *ingreso inicial*, el cual todo estado tiene permitido regular, y la decisión subsecuente de cómo tratar a largo plazo a los no ciudadanos asentados quienes residen en el territorio, participan en su sociedad y economía, y están sujetos a los efectos de la autoridad legal coercitiva de la nación. La posición de la nación-basada-en-leyes consistentemente confunde la segunda con la primera, como si la admisión inicial debe final e indiscutiblemente controlar la llamada “segunda

¹⁶⁰ SINGER, ENTITLEMENT, *supra* nota 56, en 46 (énfasis agregado).

¹⁶¹ *Id.* p. 46.

¹⁶² Ver Ran Hirschl, *The Question of Case Selection in Comparative Constitutional Law*, AM. J. COMP. L., volumen 53, p. 125 (2005) (explicando la lógica y el uso de la metodología del “caso más difícil”).

¹⁶³ No hay dificultad técnica en imaginar tal opción. Vimos antes que anteriormente el poder del gobierno de remover extranjeros era acotado por un plazo de vencimiento aplicado a la deportación. Ver *supra* notas 116-118 y el texto acompañante.

admisión.”¹⁶⁴ Ello encierra a los inmigrantes indocumentados que residen en el país en “una posición inferior que además es una situación anómala.” Tal como el filósofo Michael Walzer observa, ellos son “parias en una sociedad sin normas de casta, *meticos* [residentes extranjeros impedidos de ganar membresía en la Grecia antigua] en una sociedad donde los *meticos* no tienen lugar comprensible, protegido o digno.”¹⁶⁵ La denegación de una vía legal a la ciudadanía para esta población largamente asentada se respalda en la falla en el reconocimiento del vínculo o conexión alguna establecida *después* de la entrada inicial. Las consecuencias de una política tal son potencialmente trascendentes, no solo para los migrantes indocumentados, sino también para la sociedad receptora. Porque, como Walzer insiste de forma reveladora, si persistentemente impedimos a quienes viven entre nosotros la opción de convertirse en miembros en pie de igualdad, ellos quienes “hacen el trabajo socialmente necesario y están profundamente enredados en el sistema legal del país al cuál llegaron,”¹⁶⁶ corremos el peligro, como él lo formula, de transformarnos en una banda de ciudadanos-tiranos.¹⁶⁷

Estas consideraciones morales y políticas son importantes. También lo es el reconocimiento de que los remedios equitativos—de los *laches* a los plazos de prescripción, a la doctrina de los actos propios—han sido gran parte de nuestra concepción del estado de derecho por mucho tiempo, ofreciendo una respuesta basada en la equidad que suplementa las estrictas directivas legales, en donde la aplicación de este segundo operaría con severidad o produciría resultados injustos.¹⁶⁸ Típicamente, los remedios equitativos involucran una orden judicial o decreto en vez de un resarcimiento monetario o por daños, prestando atención significativa a la conducta *real*, las acciones, declaraciones, admisiones, omisiones o el consentimiento implícito de las partes. Por ejemplo, la doctrina de los actos propios explora la conducta de la persona, y como Lord Denning lo expresó memorablemente, sobre la base de esa conducta, “alguien está impedido de decir una cosa u otra, o hacer una cosa u otra, o contestar una cosa u otra.”¹⁶⁹ Las normas de prescripción definen límites específicos de tiempo en los cuales la acción legal puede ser iniciada; la doctrina de *laches* opera más o menos de manera parecida, a pesar de que los períodos, proscriptos de antemano, no están definidos.¹⁷⁰ En cada una de estas instancias, las consecuencias son serias; pueden impedir o prejuzgar a la parte que falló en hacer operativo un derecho o un reclamo dentro de la estructura de plazos “indicado.”

A diferencia del reclamo absolutista de la postura de la *nación-basada-en-leyes*, la cual sostiene que la ley *no* permite cambios en el estatus de una persona sobre la base de una combinación de la conducta y el correr del tiempo, hay una amplia gama de remedios equitativos que logran justamente eso. En vez de plasmar el análisis legal únicamente al momento inicial en el tiempo, los principios equitativos suplementan

¹⁶⁴ Ver WALZER, *supra* nota 33, p. 59 (distinguiendo entre el ingreso inicial y la segunda admisión); HAMMAR, *supra* nota 98 (identificando distintas “puertas de entrada” en la vía hacia la membresía).

¹⁶⁵ WALZER, *supra* nota 33, p. 59 (énfasis agregado).

¹⁶⁶ *Id.* p. 60.

¹⁶⁷ *Id.* p. 58.

¹⁶⁸ Ver en general Frederic P. Miller *Et Al*, *Equity* (2010).

¹⁶⁹ *McIlkenny v. Chief Constable of West Midlands* (1980) 1 Q.B. 283, 317 (CA, ENG.).

¹⁷⁰ Esto genera muchas cuestiones legales complejas en el contexto de la ciudadanía. Por ejemplo, ¿es la ejecución laxa de la ley inmigratoria por parte de un gobierno dentro de sus fronteras externas o internas análoga a la falta de impulso de su accionar legal dentro de los plazos previos a su vencimiento por la prescripción liberatoria? ¿Puede, entonces no contar en contra de un solicitante que pide la ciudadanía ganada? Las respuestas y consideraciones exactas que se deben tomar en cuenta tendrían que resolverse generalmente o bien por la legislación, como parte de un arreglo conseguido entre la *nación-basada-en-leyes* y la *nación-basada-en-inmigrantes*, o bien por tribunales administrativos en un análisis caso por caso.

y responden a los efectos del uso, el lapso de tiempo, y la conducta real, con el potencial de cambiar los derechos y obligaciones de las partes relacionadas. Ello contradice la imagen de un “pecado original” imperdonable (acá, permanecer más allá del plazo de la visa temporaria, o ingresar al país sin autorización) que es tan valorado por los muchos que se resisten a la idea de otorgar una vía regulada hacia la ciudadanía ganada. Su reclamo es que nada puede revocar o mitigar la violación de la ley inmigratoria de la nación en el primer momento, la cual, a pesar de todo, es una violación a una ley civil (y no penal). Sin embargo, los ejemplos tomados de distintos campos del derecho privado y el derecho público muestran que prestar una consideración cuidadosa a los factores y las expectativas cambiantes, que evolucionan a lo largo del tiempo, a veces incluso se transforman en un título legal. Ello es esencial para nuestro argumento, dado que ofrece un rebate legal e histórico a la postura del “domino absoluto” proclamada por aquellos estrictos del campo de la nación-basada-en-leyes.

La doctrina de la usucapión, como recién vimos, representa una muestra extrema de este modelo en acción, contrarrestando el reclamo formalista que debemos siempre referir al punto inicial en el tiempo. A pesar de que el método estadounidense actual destaca consideraciones instrumentales para rechazar esta postura (ej. alentando la adquisición eficiente de los titulares ausentes, respetando las expectativas de terceros quienes han confiado en las apariencias),¹⁷¹ otras jurisdicciones del derecho común, notablemente de Inglaterra, han tomado un enfoque más bien procesal, concentrándose en los aspectos técnicos de la posesión y el paso del tiempo.¹⁷² Tal como observa Larissa Katz, el método Inglés está preocupado principalmente por si el dueño original ha fallado al ejercer sus derechos dentro del período del plazo de la prescripción: “Nada más es necesario: ninguna intención de ser propietario, ningún conflicto con el dueño original, en otras palabras, ningún ‘conflicto.’”¹⁷³ Al considerar, en el contexto de la ley de inmigración, la idea de superar el acto inicial de ingreso no-autorizado a través de la residencia pacífica, productiva, y continua en el país, hay una ventaja en seguir los pasos del modelo Inglés, dada su naturaleza altamente procesal. Bajo dicho esquema, la conducta real de una persona, y su cumplimiento con una estructura legal de remedios, jugarían un papel clave en cumplimiento de los requisitos de la ciudadanía ganada.

Lo que hace que la lógica del arraigamiento sea especialmente convincente para nuestra discusión es el hecho de que no puede ser fácilmente desestimado como remedio por ser insignificante o implausible. Ha sido una parte de la teoría y la doctrina legal de hace siglos, desde los primeros días del derecho común Inglés. Si el “pecado original” de admisión ilícita puede ser perdonada en el contexto de la propiedad, en donde se presume que el titular tiene “dominio único y despótico... en exclusión total de su derecho frente a cualquier otro individuo en el universo”—para evocar las palabras magisteriales de Blackstone—entonces, seguramente una lógica parecida puede aplicarse con igual fuerza a las relaciones entre los gobiernos democráticos y quien ya ha establecido una residencia productiva y de largo plazo en sus prósperos territorios. Ello permite una vía para dismantelar el embotellamiento por medio de proveer un fundamento para una reforma que pueda apelar no sólo a aquellos del campo la de nación-basada-en-inmigrantes, pero también a los partidarios de la postura de la nación-basada-en-leyes, especialmente dado

¹⁷¹ Ver Richard A. Epstein, *One Step Beyond Nozick's Minimal State: The Role of Forced Exchanges in Political Theory*, SOC. PHIL. & POLICY, volumen 22, p. 286 (2005); Lee Anne Fennel, *Efficient Trespass: The Case for 'Bad Faith' Adverse Possession*, NW. U.L.REV., volumen 100, p. 1037 (2006); Thomas W. Merrill, *Property Rules, Liability Rules and Adverse Possession*, NW. U.L.REV., volumen 79, p. 1122 (1985).

¹⁷² Ver Larissa Katz, *The Moral Paradox of Adverse Possession Resolved: Sovereignty and Revolution in Property Law*, McGill L.J., volumen 55, p. 47 (2010).

¹⁷³ *Id.*

que, en el contexto de la ciudadanía, la inclusión de los recién llegados no quita a los actuales titulares y participantes de *sus* derechos o protecciones ya existentes.

Tal como se muestra el argumento de la inclusión democrática, la adquisición de la membresía ganada no estaría abierta a cualquiera; la presencia casual en el país, por ejemplo, no calificaría a una persona para el remedio de la ciudadanía ganada. En fin, no es el mero acto del ingreso a un territorio lo que cuenta. En cambio, lo que cuenta son “los lazos que los no-ciudadanos desarrollan *a lo largo del tiempo*.”¹⁷⁴ Esto encaja perfectamente con la lógica *jus nexi*, proveyendo un remedio sólo *una vez después que* las expectativas para quedarse han sido establecidas—un proceso que requiere asentamiento y el transcurso de un tiempo significativo. Según las leyes de ciudadanía e inmigración de la gran mayoría de los países del mundo, un período mínimo predeterminado de residencia debe cumplirse para que una exención se convierta en una opción relevante.¹⁷⁵ El periodo de tiempo al que se refiere es típicamente “no menos que cinco años,” una base estándar que ya nos resulta familiar por el contexto de la naturalización estadounidense.¹⁷⁶ No obstante, aquí este período estándar refiere al tiempo de residencia por fuera del estatus, *después* de cual un remedio temporario o permanente puede ser otorgado.¹⁷⁷ A diferencia de las posturas más extremas tomadas por algunos dentro del campo de la nación-basada-en-inmigrantes,¹⁷⁸ el *jus nexi* no otorgaría un remedio casi automático a *cualquier* persona que logre cruzar la frontera. Más bien, permitiría la regularización del estatus de los residentes no ciudadanos de largo plazo quienes han, en efecto, “echado raíces” en la comunidad y cuya presencia continua en el país ha sido, como lo dice la casuística, “generalmente conocido y hablado por el público.”¹⁷⁹

Bajo la ley migratoria actual, ninguno de estos lazos reales, continuos y genuinos al país son relevantes, con la estrecha excepción de los remedios discrecionales individualizados.¹⁸⁰ Es sólo el momento inicial de ingreso ilícito lo que cuenta para establecer la política general legal, convirtiendo a aquellos quienes han ingresado sin permiso o permanecido más allá del plazo de la visa en miembros de una subclase que reside contiguamente, pero no en compañía legal, a los ciudadanos. Ellos son residentes asentados quienes, por definición, son excluidos de la membresía. Muchas veces, los migrantes no autorizados están al tanto de los debates legislativos acerca de los proyectos para introducir una vía a la

¹⁷⁴ Ver Motomura, *We Asked for Workers*, supra note 96, p. 246.

¹⁷⁵ Ver, e.g., Patrick Weil, “Access to Citizenship: A Comparison of Twenty-Five Nationality Laws”, en *Citizenship Today: Global Perspectives and Practices*, pp. 17-35. (T. Alexander Aleinikoff & Douglas Klusmeyer, eds., 2001); *Acquisition and Loss of Nationality: Policies and Trends in 15 European States* (Rainer Bauböck et al. eds., 2006).

¹⁷⁶ Ver *supra* notas 124-127. Comparadamente, las condiciones y períodos de residencia para la naturalización difieren país por país; ello implica que los períodos estándares para regularizar el estatus también difieren, por lo que tendrán que cumplir con el régimen de membresía de cada país.

¹⁷⁷ En los EEUU, dicho periodo probablemente subiría a siete años para encajar bien con el precedente histórico de la exención a la deportación, o a la cancelación de las provisiones de remoción, que se pueden rastrear en el pasado hasta la Ley de Inmigración de 1917, ch. 29, § fl 3, 7th proviso, 39 Stat. 874, 878 (Feb. 5, 1917). Sobre el fondo histórico, ver Mae M. NGai, *Impossible Subjects: Illegal Aliens and the Making of Modern America*, pp. 84-88 (2004).

¹⁷⁸ Ver, entre otros, Kevin R. Johnson, *Opeining the Floodgates: Why America Needs to Rethink its Borders and Immigration Laws* (2007).

¹⁷⁹ Ver *Adams v. Slattery*, 295 SW 2d 859 (Tex. 1956). Interesantemente, el proyecto de ley de 2006 de Reforma Migratoria Integral reflejó exactamente esta noción: imaginaba una escala ascendente sensitiva a factores individualizados. Por ejemplo, dos a cinco años de residencia fueron generalmente vistos como la provisión de un reclamo más débil para el establecimiento de residencia con un estatus condicional, en comparación con la situación de aquellos quienes ya han residido en el país por al menos cinco años. Personas con menos de dos años de residencia fueron presumidas como que aún no han “echado raíces,” con la excepción de casos de extrema dureza los cuales puedan dar lugar a un remedio discrecional.

¹⁸⁰ Ver *supra* notas 104-108, 115 y el texto acompañante.

ciudadanía ganada. Como una de ellas lo establece: “Ellos pueden cambiar la ley así... Empezar con un permiso de trabajo y, si no te metes en problemas, ellos te otorgan la ciudadanía para permanecer aquí e ingresar y salir de los EEUU legalmente.”¹⁸¹ No obstante, “[h]ay muchas personas a quienes no les gusta que estemos aquí, pero lo cierto es que estamos aquí.”¹⁸²

El último factor es crucial. Como lo expresa un reporte de una mesa redonda no partidista sobre política inmigratoria:

Las mejores estimaciones sugieren que aproximadamente 11.9 millones de inmigrantes están en los EEUU ilegalmente. Algunos de estos individuos han estado aquí por muchos años con historiales de empleo estable y arraigo en las comunidades locales. Su presencia continua es resultado de nuestro fracaso en diseñar e implementar políticas migratorias efectivas. No obstante, estos individuos también están aquí por las elecciones y riesgos que tomaron para vivir acá sin documentación. ¿Entonces qué hacemos ahora?

Aun si mandar a casa a 12 millones de personas fuese posible, sería una elección catastrófica—enormemente cara, diplomáticamente desastrosa, e inmensamente costosa en términos humanos. Vecindades serían desagarradas, familias serían separadas, y un nuevo y triste capítulo en las relaciones raciales dentro de los EEUU sería escrita.¹⁸³

El arraigamiento ofrece un futuro más brillante. Permite la exoneración hacia el futuro como un dictado de la narrativa de una nación acogedora de inmigrantes. A pesar de ello, debemos abordar adecuadamente el reclamo por parte de la nación-basada-en-leyes, según la cual hay fuertes consideraciones sobre la base de principios y prudencia que favorecen el señalamiento desaprobatorio del ingreso inicial ilícito o la permanencia más allá periodo en la visa. Todas las grandes propuestas legislativas para una reforma inmigratoria integral en los últimos años reconocieron esta preocupación. Ello se refleja en la insistencia de exigir el cumplimiento más estricto de los controles de la frontera prospectivamente, mientras que retrospectivamente se impongan multas obligatorias a los beneficiarios de cualquier tipo de legalización de la ciudadanía ganada. Estas multas están muchas veces conceptualizadas como “cargas redentoras” que se deben a la sociedad aceptante, reconociendo la ilegalidad del ingreso inicial tal como la posición de la nación-basada-en-leyes manda.¹⁸⁴ Como Stephen Legomsky incisivamente observa, la imposición de una multa de varios miles de dólares sobre una familia inmigrante de bajos ingresos es todo menos trivial; “es un castigo serio,” pero contiene la promesa de un nuevo comienzo.¹⁸⁵ Y es más, dado que nada será escondido bajo la alfombra, la legalización bajo estas condiciones expresa la visión de que una vez que la persona ha sido públicamente reprendida, será posible superar “las transgresiones previas” y “empezar de nuevo, borrón y cuenta nueva.”¹⁸⁶

¹⁸¹ Immigrant X, *My Life as an Illegal* TEXAS MONTHLY 102 (July 2006).

¹⁸² *Id.*

¹⁸³ BROOKINGS-DUKE, *supra* nota 150, en 9.

¹⁸⁴ Legomsky, *supra* nota 150 en 94. Ver George W. Bush, Pres. Messages, 109th Cong., 2nd Sess, 2006 U.S.C.C.A.N. D60 en 3-4 (“Yo creo que los extranjeros ilegales con arraigo en el país y que desean permanecer en el país deberían pagar una multa significativa por violar la ley, pagar sus impuestos, aprender inglés, y ser empleados en un trabajo por un determinado número de años. Aquellas personas que cumplan con dichas condiciones deberían poder solicitar la ciudadanía, pero su aprobación no será automática y deberán aguardar en fila detrás de todos aquellos que jugaron bajo las reglas y que respetaron la ley. Lo que acabo de describir no importa una amnistía...”).

¹⁸⁵ Ver BROOKINGS-DUKE, *supra* nota 150.

¹⁸⁶ *Id.* Ver también Papademetriou, *The ‘Regularization’ Option*, *supra* nota 115, en 6.

Otras preocupaciones persisten. Si pensamos en una membresía como un nuevo título semejante a la propiedad librado y bajo control exclusivo del Estado, aquellos que adquirieron un permiso para permanecer aún se les puede requerir el cumplimiento de una condición que demande “volver al final de la fila” previo a que el estatus permanente pueda ser establecido.¹⁸⁷ Tal como el ya fallecido Senador Edward M. Kennedy elucidó:

Lo que estamos discutiendo en este programa es reconocer que la gente que ha violado la ley es capaz de trabajar y ganarse un camino hacia una posición donde eventualmente podrán solicitar la ciudadanía, si es que pueden pagar su multa, pagar sus impuestos atrasados y estar preparados para aprender inglés. Una vez que la última persona en la fila legítimamente pueda ganar el ingreso a los EEUU, recién entonces podrán adecuar su estatus.

Este último punto es importante. Cualquier programa de legalización debe proteger los intereses de los migrantes lícitos y solicitantes que han mantenido la fila. Claramente, ellos no deberían ser desaventajados o que se les pida soportar el peso de un proceso de regularización afectando a quienes entraron sin permiso.¹⁸⁸ Hay dos posibles soluciones acá: primero, dado que los residentes indocumentados de largo plazo ya son parte integrada de la sociedad y la economía real, se pueden crear provisiones especiales a través de legislación para aumentar el número de permisos de residencia permanente asignados para un período fijo de legalización. Esto no crearía una “ola” más grande de nuevos inmigrantes porque quienes tienen el derecho de beneficiarse del principio *jus nexi* son, por definición, residentes que ya viven acá (a pesar de no contar con estatus legal) y, en la mayoría de los casos, han vivido acá por un largo tiempo. Segundo, y más plausiblemente, la solución de volver al final de la fila puede ser cumplida por medio de otorgar estatus *temporario* a aquellos quienes califiquen según los principios del arraigamiento.¹⁸⁹ Esto estaría eventualmente recalificado a una Green Card (o estatus de residencia *permanente*) para aquellos quienes desean aplicar.¹⁹⁰ Esa estructura de inclusión gradual y creciente dentro del círculo de miembros

¹⁸⁷ Ver George W. Bush Pres. Messages, *supra* nota 185.

¹⁸⁸ Dichas consideraciones son especialmente agudas cuando se trata de un esquema de legalización de gran escala, tal como es el caso en el debate actual EEUU. Medidas parecidas fueron tomadas en Francia (1980-1981), Italia (2002, 2009), España (2005). Ver Papademetriou, *supra* nota 115, pp. 2, 7; Weil, *All or Nothing*, *supra* nota 117, en 10-11.

¹⁸⁹ Dicha estructura es prevalente en esquemas de regularización en países Europeos en donde los que fueron indocumentados alguna vez reciben un permiso temporario y muchas veces renovable para permanecer y trabajar lícitamente. Ver Papademetriou, *supra* nota 115, p. 7. No obstante, hay variaciones. Francia, por ejemplo, tiene una vía establecida para la ciudadanía ganada que está basada en la prueba de vínculos fuertes al país por parte de migrantes indocumentados quienes han vivido en el territorio para un mínimo de diez años, a pesar de que la otorgación del estatus está sujeto al ejercicio discrecional de la autoridad. Ver, Weil, *All or Nothing*, *supra* nota 117, p. 12. Finlandia y Dinamarca han incorporado un “principio de escala móvil” que sostiene que mientras más largo el período de residencia, más fuerte será el derecho de contar con la protección contra la deportación o remoción. Ver *KOSTAKOPOULOU*, *supra* nota 133. Estos distintos mecanismos están en consonancia con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) al interpretar el artículo 8 de la CEDH que prescribe el derecho a la vida privada y de familiar. Ver, *e.g.*, *Djeroud v. Francia*, Application No. 13446-87, 14 European Human Rights Reports 68 (1992); *Beidjoudi v. Francia*, 234 Eur Ct. H.R. (ser. A) (1992); *Silvenko v. Latvia*, 10 Eur. Ct. H.R. 229 (2003); *Maslov v. Austria* Application No. 1683-03 (unreported, Eur. Ct. H.R., Grand Chamber, June 23, 2008). Para una visión general, ver Daniel Thym, *Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay?* INT’L & COMP. L.Q., volumen 57, p. 87 (2008).

¹⁹⁰ El período obligatorio de residencia después del ajuste puede abarcar desde cinco a siete años sobre la base de prácticas anteriores comparadas. Ver *supra* nota 178. Aquellos que buscan permanecer estarían sometidos a las verificaciones estándar de antecedentes y requisitos legales relacionados, tal como cualquier otro solicitante. Algunas propuestas abogan por la introducción de un sistema de créditos o puntaje para formalizar el criterio para la ciudadanía ganada. Ver, Papademetriou, *supra* nota 115, pp. 8, 11-14. Estos planes detallados van más allá del alcance de esta

(desde un estatus temporario o condicional hacia la residencia permanente) es familiar. Ya hemos explorado esta estructura en nuestra discusión sobre la Ley DREAM. A su vez, esto se aplica automáticamente a las distintas clases de ingresantes bajo la ley migratoria contemporánea, desde las comprometidas al matrimonio a las esposas, al ingreso bajo la categoría de inversora.¹⁹¹

Más allá de las razones de pura compasión y las consideraciones humanitarias que son abundantes entre los proponentes de la nación-basada-en-inmigrantes (en sí dando plataformas para la acción de poderosas reformas lo suficientemente persuasivas), el marco conceptual del *jus nexi* desarrollado aquí nos habilita entrar en conversación con, e idealmente convencer, a quienes de otro modo declaran que el país de destino jamás debe autorizar una reforma que permite un beneficio a aquellos cuyo ingreso inicial violó la ley. Acá la mejor respuesta es recurrir a la narrativa del arraigamiento de la ciudadanía ganada. Si regularizar el título y permitir el acceso a los beneficios del estatus protegido es permitido en el contexto ultra protector del derecho de la propiedad, en donde hay una porción limitada de terrenos y un nuevo dueño desplaza al anterior, entonces el reclamo más débil defendido por este artículo—el de habilitar una vía hacia la ciudadanía legal para aquellos quienes ya se convirtieron en miembros sociales, *sin* invalidar el estatus de membresía de los titulares anteriores—puede ser enfáticamente reivindicado.

V. CONCLUSIÓN

Ciertamente, la adopción de marco conceptual del arraigamiento no ofrecería una resolución total al intenso debate entre la nación-basada-en-leyes versus la nación-basada-en-inmigrantes. Ello es parte de una renegociación más amplia de fronteras y límites de membresía en el siglo veintiuno.¹⁹² Estos cambios ya están ocurriendo, al revertir muchos años de cumplimiento migratorio relativamente laxo, que posiblemente ha contribuido, o que al menos ha hecho la vista gorda, a la presencia de una población enorme de migrantes indocumentados en los EEUU. En la época posterior al Once de Septiembre [9-11], el argumento para la legalización también encuentra apoyo de varias agencias regulatorias y de seguridad a los niveles federales, estatales y locales.¹⁹³ Ello refleja una preferencia de “verse como un Estado” al lidiar con ciudadanos registrados y visibles en vez de una población subterránea o en las sombras, que no forma parte del conteo oficial y la planificación contingente de emergencia, una situación que generalmente es insalubre para cualquier Estado democrático o sociedad de estado de derecho.¹⁹⁴

Estas consideraciones prevaecientes apuntan en la misma dirección, devolviéndonos hacia Holmes: “cuando las raíces han crecido a un cierto tamaño, [ellas] no pueden ser desplazadas sin cortar la vida [de la persona].¹⁹⁵ Para los residentes de largo plazo presentes en el país sin documentación, el foco en

discusión que se ha enfocado en una justificación para la adopción del principio nuevo de *jus nexi*, mostrando cómo la noción del arraigamiento está ya empotrada en las soluciones propuestas al estancamiento migratorio.

¹⁹¹ Esa estructura de estatus temporario que puede ser adecuado después a un estatus permanente se encuentra en varios contextos del régimen migratorio de EEUU: desde las provisiones de la visa-k para los comprometidos al matrimonio, los dos años de estatus condicional para los inmigrantes que buscan la residencia permanente sobre la base de una relación matrimonial con un ciudadano estadounidense, a la estructura de admisión ofrecida a las inversoras (la categoría EB-5).

¹⁹² Dicha reforma probablemente también requiera que aquellos en el campo de la nación-basada-en-inmigrantes den concesiones, tales como aceptar la demanda de la nación-basada-en-leyes por un mayor poder de policía en el control de fronteras e incluir sanciones laborales más duras, posiblemente incluyendo sistemas más estrictos de identificación y verificación de empleo y de los trabajadores. Para una visión general iluminadora, ver Benjamin Marquez / John F. Witte, *Immigration Reform: Strategies for Legislative Action*, FORUM, tab. Volumen 7, p. 1 (2009).

¹⁹³ Ver Papademetriou, *supra* nota 115, pp. 6, 12.

¹⁹⁴ James C. Scott, *Seeing Like a State: How Certain Schemes to Improve the Human Condition Failed* (1998).

¹⁹⁵ THE ESSENTIAL HOLMES, *supra*, nota 17.

echar raíces como ha sido capturado por el principio propuesto de *jus nexi* ofrece un remedio equitativo y una cuerda de salvavidas, en donde las vías normales a la ciudadanía resultan ser cerradas. Aquí es donde las lecciones de la teoría de la propiedad y su práctica resultan más útiles. Como hemos visto antes, parte de la explicación para sostener la adquisición de título de forma inusual a través de la usucapión, es que a pesar de las formalidades legales que importan mucho al definir un título, también es la experiencia vivida que constituye la visión del arraigamiento de este artículo. Tal enfoque comprensivo a un entendimiento de la distribución de derechos encaja perfectamente con la lógica del *jus nexi*.

En este artículo, he recomendado la adopción del principio *jus nexi*, o del arraigamiento, como un vía hacia la ciudadanía ganada, abierta a quienes no pueden reclamar la membresía sobre la base de los principios tradicionales del derecho de la ciudadanía, *jus soli* y *jus sanguinis*. La propuesta de un principio de conexión genuina ofrece una manera más matizada y asentada para responder a la cuestión de la creación de fronteras, basada, tal como es, en la membresía real y el apego social en vez de la mera dependencia en la lotería de derechos por nacimiento o en el “pecado original” de la ilicitud de la entrada. He apoyado esta propuesta al mirar hacia las bases morales y legales previamente utilizadas para justificar el ganar un título legítimo en el contexto de la propiedad privada por quienes ingresaron inicialmente sin permiso. También he resaltado que estas respuestas reconocen la red de relaciones y expectativas que informan al hecho social de la membresía. Por consiguiente, ello permite una mayor responsabilidad democrática, dado que todos aquellos quienes residen en la jurisdicción y están afectados con regularidad por la autoridad y los poderes coercitivos del estado, ganan el derecho a no ser excluidos, y con ello, obtienen una mano para diseñar e implementar su auto-gobierno participativo.

Al crear un vínculo más cercano entre la membresía real y el acceso al estatus de residencia permanente, el marco conceptual del arraigamiento nos permite utilizar conceptos de escalas ascendientes para la adquisición de título; también ilumina la posibilidad de regularizar el estatus de los migrantes no-autorizados sobre la base de una fuente imprevista y sorprendente de unas de las doctrinas más antiguas y persistentes de la propiedad: la usucapión. Estas perspectivas, junto con las definiciones cambiantes de membresía tanto a nivel local como internacional, han informado la defensa del principio *jus nexi* como una forma para superar el estancamiento entre los campos de la nación-basada-en-leyes y la nación-basada-en-inmigrantes. Es momento para ofrecer una vía equitativa a la ciudadanía ganada para quienes actualmente permanecen por siempre sin título, excluidos del círculo de los miembros. El nuevo marco conceptual del arraigamiento es el camino hacia adelante, al proveer una concepción más sustentada en la realidad, adecuada a un mundo de movilidad creciente.